

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ETUDE HISTORIQUE

SUR

L'ACTION INSTITORIA

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 28 Avril 1910, à 1 h. 1/2

PAR

Léon-François DENTRAYGUES

Président : M. MAY, professeur

Suffragants } MM. CHENON, professeur
AUDIBERT, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, rue Racine, 15

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

ETUDE HISTORIQUE

SUR

L'ACTION INSTITORIA

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 28 Avril 1910, à 1 h. 1/2

PAR

Léon-François DENTRAYGUES

Président : M. MAY, professeur

Suffragants { MM. CHENON, professeur
AUDIBERT, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, rue Racine, 15

1910

A MA TANTE

ET

A MON ONCLE

Hommage respectueux.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ÉTUDE HISTORIQUE
SUR
L'ACTION INSTITORIA

PRÉFACE

L'action *institoria* est un des nombreux moyens imaginés par le droit romain pour échapper à la règle de la *non-représentation*. Elle fonctionne contre les maîtres qui ont préposé un esclave ou un homme libre (*institor*) à la tenue d'une boutique (*taberna*). L'étude de cette action n'est certes point une nouveauté : Les auteurs nombreux qui ont analysé l'effet extinctif de la *litiscontestatio* (Keller, Bekker, Krueger) ceux qui ont parlé des actions *adjectitiæ qualitatis* (Baron, Mitteis) en ont aussi traité. Mais depuis l'ouvrage déjà ancien de Elsæsser, il n'a pas été fait sur elle de monographie intéressante. Il nous a paru intéressant de combler cette lacune. Il eût été sans

doute préférable, dans l'intérêt de la science, que cette tâche fût accomplie par une personne plus compétente que nous et nous ne prétendons avoir apporté sur aucun point des solutions nouvelles. Nous aurons seulement fait un effort sincère pour mettre dans ce sujet quelque peu de clarté et nous demandons seulement qu'on tienne compte de notre inexpérience et de notre bonne volonté.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Sources

La principale source de notre étude se trouve dans les textes du Digeste que nous citons d'après la onzième édition stéréotype de M. Mommsen et Paul Krueger, Berlin, Weidmann, 1900 et que nous utilisons en tenant le plus grand compte de la reconstitution des ouvrages des jurisconsultes classiques tentée par M. Lenel dans sa *Palingénésia juris civilis*, 2^e vol., in 4, 1889 et du texte de l'édit que le même auteur a essayé dans *Das Edictum Perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2^e éd. Leipzig, Tauchnitz, 1907.

Nous citons Gaius d'après l'édition de P. F. Girard dans ses *Textes de droit romain*, 3^e éd. Paris, Rousseau, 1905.

Les auteurs littéraires sont cités d'après les éditions de la bibliothèque classique de Teubner, les inscriptions d'après le *Corpus inscriptionum latinarum*.

II. — Ouvrages de deuxième main

En dehors des manuels de droit romain de MM. May, Girard et Cuq, qui nous ont constamment servi de guide, nous avons utilisé :

I. — Des ouvrages traitant accessoirement de l'action *institoria* ; surtout les trois ouvrages suivants :

1^o Mandry — Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechts Tübingen, 1871-1876, 2 vol.

2^o Mitteis. — Die Lehre von der Stellvertretung nach römischen Recht. Vienne, 1885.

3^o Baron. — Die adjectizischen Klagen, 2 vol. de ses Abhandlungen aus dem römischen Civil prozess. Berlin, Bernard Simion, 1832.

II. — Des monographies sur l'action *institoria*, qui sont en général d'un secours assez médiocre, car elles laissent de côté les questions les plus intéressantes et se contentent de paraphraser le texte du Digeste. Nous nous contentons de citer comme étant les dissertations les plus récentes et les mieux faites :

Philippon. — Des actions exercitoire et institoire en droit romain. Paris, Maresq., 221, p. 1871.

Costa (E.). — Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano. Parma Battei, in-6, 1891, 125 p.

Brünnell (A.). — Gehören die Actionen quod jussu, institoria und exercitoria noch dem heutigen Recht an ? Dissertatio inauguralis. Erlangen, 1898.

Première Partie

LA CONDITION SOCIALE DES INSTITORES

Avant d'entreprendre l'étude juridique de l'action *institoria*, il nous a paru utile et intéressant de débiter par un aperçu rapide sur la condition sociale des *institores*.

Les ouvrages qui traitent de l'action institoire, omettent de parler des *institores*, de dire à quelle classe de la société ils appartiennent ; nous avons jugé bon de combler, au moins dans une certaine mesure, cette lacune.

Les principales sources de cette étude sont des textes du Digeste, qui ont d'ailleurs été utilisés par Marquardt (1) et surtout par Humbert (2). Mais nous trouvons ailleurs d'intéressants renseignements, soit dans quelques inscriptions, soit dans des textes littéraires assez nombreux, qui pour la plupart n'ont pas encore été utilisés.

1. *Vie privée*, éd. all., p. 168.

2. Daremberg et Saglio. *Dictionnaire des antiquités*, (V. *institoria*).

A l'aide des indications que nous y trouverons, nous voudrions essayer de préciser tout d'abord à quels signes on reconnaissait un *institor*, dans quelle classe de la société ils se recrutaient et s'ils étaient très nombreux.

Un *institor* se distingue d'un commerçant ordinaire en ce qu'il n'agit pas pour son propre compte. Les textes du Digeste nous le disent presque à chaque instant. C'est même par cet unique caractère que Paul et Ulpien définissent les personnes à l'occasion desquelles naît ou peut naître l'action *institoria*.

Peut importe que l'*institor* ait été préposé à la tenue d'une boutique (*taberna*) ou d'un commerce quelconque. Telles sont les propres paroles d'Ulpien (1) : *Nec multum facit tabernæ sit præpositus an cuilibet alii negotiationi*.

Paul dit même plus loin : « il peut se faire que l'*institor* aille de maison en maison pour acheter ou vendre; puisqu'il fait *alieno nomine* un acte de commerce, c'est-à-dire qu'il achète ou revend (2), il est *institor* (3). »

Nec mutat causam actionis locus vendendi emen-

1. Dig. liv. XIV, tit. III. *De institoria actione*, fr. 3 ; eod. tit., fr. 18.

2. Co, art. 632, al. 2.

3. Dig. liv. XIV, tit. III. *De institoria actione*, fr. 3.

dive cum utroque modo verum sit institorem emisse aut vendidisse.

Cette condition d'acheter ou de vendre n'est même pas obligatoire au sens strict. Labéon estime que le directeur d'une banque ou d'une exploitation agricole ou industrielle quand il n'est qu'un employé est lui aussi un *institor* et cependant il n'achète pas pour revendre (1).

Labeo quoque scripsit : « Si quis pecuniis fœnerandis, agris colendis mercaturis redempturisque faciendis præposuerit in solidum eum teneri. »

Il en est de même du gérant d'une maison de rapport selon Servius (2). Aussi pouvons-nous poser la règle suivante :

Est institor toute personne qui gère pour le compte d'une autre une exploitation, à l'occasion de laquelle elle a besoin de contracter.

Telle est au moins l'idée que les textes fournissent à une première lecture. Mais si on les étudie de plus près surtout le fr. 5 D. ht., il semble en résulter que l'*institor* (*in stare*) était tout d'abord considéré comme celui qui tient une boutique, qui est installé dans un local (*taberna*) où il est préposé (*positus præ*).

Une question vient alors à l'esprit. Le *circitor* est-il lui aussi un *institor* ? On sait que les Romains ap-

1. Dig. liv. XIV, tit. III. *De institoria actione*, 5-2.

2. Dig. liv. XIV, tit. III, *de institoria actione*, 5-1.

pelaient ainsi les colporteurs qui recevaient de marchands en gros des marchandises avec estimation. Ils allaient les vendre de porte en porte et quand ils avaient terminé leur tournée, ils rendaient au marchand en gros ce qu'ils n'avaient pas vendu et lui versaient l'estimation convenue des ballots qu'ils avaient épuisés. Ces colporteurs étaient, comme on le voit, dans une étroite dépendance par rapport aux marchands en gros qui leur confiaient leur marchandise. On ne peut pas dire cependant à proprement parler qu'ils exploitaient leur commerce *alieno nomine*. Cependant, dans l'intérêt du crédit, on les fait eux aussi rentrer sous le nom d'*institores*.

Ulpien nous déclare en effet (1) : *Sed etiam eos institores dicendos placuit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circum ferendam et distrahendam quos vulgo circitores appellamus.*

On ne saurait tirer argument en sens contraire de l'existence d'une action spéciale dite *æstimatoria* (2). Les jurisconsultes ne sachant si le rapport de droit reliant le marchand en gros à l'*institor* pouvait être caractérisé du nom de vente ou du nom de mandat, créèrent une action spéciale *præscriptis verbis* qui prit le nom d'*æstimatoria*. Mais cette action intéresse uniquement les rapports du préposant et du

1. Dig. liv. XIV, tit III, de *institoria actione*, fr. 5-4.

2. Dig. liv. XIV, tit. III, de *æstimatoria*, 1 pr.

préposé et laisse le champ libre à l'action *institoria* qui fonctionne entre le préposant et les tiers.

Nous devons donc admettre le renseignement d'Ulpien, mais en faisant remarquer qu'il s'agit là d'une extension du sens du mot *institor*.

L'institor est donc simplement un employé ; sa condition sociale ne peut, dans de telles circonstances, être très relevée : Nous trouvons en effet parmi ceux qui nous sont mentionnés, d'abord de nombreux esclaves que ces esclaves appartiennent d'ailleurs au préposant (1) ou à un tiers (2).

Parfois aussi c'était un homme libre. Nous prouverons plus loin que c'est même le cas à propos duquel l'édit a été rendu et la formule proposée sur l'album. Mais qu'il soit ou non libre, c'était un personnage d'une situation tout à fait inférieure, l'égal des matelots (3). Souvent c'était un pérégrin, un Grec comme nous le montre une inscription (4), ils étaient donc mal vus des Romains et dans une situation très médiocre.

L'abondance de Grecs parmi les *institores* expli-

1. Dig. XIV, liv III. *De institoria actione*, fr. 1 et fr. 5, §§ 4, 7, 8 et 9 ; Fr. 13 pr ; fr. 17, § 4 ; fr. 19, § 3. — Cf CIL, t. III, n° 14206, 21 et t. VII, 265.

2. Dig. XIV, liv III. *De institoria actione*, fr. 1 et fr. 14.

3. Horace. Ep 17-20 et Od. III, 6, 29, 30. — Cf Properce, 5, 2 et 3 et Tite Live, liv. XXII, chap. XXV, *in fine*.

4. CIL, t. IX, n° 3027 qui mentionne un *institor* du nom de *Dionysios*.

que, en dehors du sentiment de mépris que les Romains avaient pour eux, le renom de bavardage qu'ils s'étaient acquis.

Ovide (1) nous présente un *institor* qui vient offrir à une élégante des marchandises de luxe ; il étale ses paquets, vante le contenu, demande son avis à la dame, puis pour la convaincre joint à son boniment quelques baisers, et jure ses grands dieux que la marchandise est solide et durera de nombreuses années (2).

A cela on reconnaît bien les Grecs qui ne donnèrent pas seulement aux Romains leur culture mais devinrent dans les grandes maisons de commerce de l'empire les employés les plus précieux ; ils ne furent pas seulement des rhéteurs diserts, mais aussi des commis-voyageurs recherchés, séduisants et bavards.

Avec cette verve enjôleuse, les *institores* grecs, affranchis, esclaves ou libres devaient exercer leur activité un peu dans toutes les branches du commerce. Aussi les trouve-t-on exerçant les professions les plus diverses dans les pays les plus différents.

Pour en donner une idée nous indiquons dans le tableau suivant les textes qui visent les *institores* en notant :

1° *Le pays où ils ont exercé leur profession ;*

1. Ars. am. I. v. 421 à 424.

2. Cf. Sénèque. Ep. VI, 4 (56) § 2.

2° *Les commerces auxquels ils étaient préposés.*

A. — Textes du Digeste (xiv 3, de *inst. act*).

1. — Texte d'Ulpien.

a) Fr. 5 § 1 Rome (?) *insularius*, concierge d'un îlot de maisons de rapport.

b) Fr. 5 § 2 Rome (?) directeur d'une banque (1) ou d'une exploitation agricole.

c) Fr. 5 § 3 Rome (?) directeur d'une banque.

d) Fr. 5 § 4 Rome (?) colporteur pour le compte d'un *vestiarus*.

e) Fr. 5 § 5 Rome (?) maquignon ou palefrenier.

f) Fr. 5 § 6 Rome (?) tenancier d'une écurie publique.

g) Fr. 5 § 8 Rome (?) embaumeur pour le compte d'un entrepreneur de pompes funèbres.

h) Fr. 5 § 17 et 15 Rome (?) marchand d'huile.

i) Fr. 13 pr. Arles (?) marchand d'huile.

2. — Textes de Paul.

a) 16, directeur d'une exploitation agricole (*vilicus*).

b) 17, pr. Rome (?) marchand d'esclaves et de bestiaux.

B. — Textes littéraires.

1° Tite Live, liv. XXII, chap. XXV. Rome, drapier ;

1. Il ne faudrait pas croire que ce fut un personnage important. Les banquiers romains n'étaient parfois que de simples usuriers prêtant à la petite semaine.

2° Sénèque. *Quest. nat.* 4. 13. Alpes, porteur d'eau ;

3° Ovide. *Ars. am.*, I, 421-424. Rome, marchand d'objets de luxe (étoffes ou bijoux) ;

4° Sénèque. *De Beneficiis*, 6-38-3. Rome, marchand d'objets de luxe (*delicatae merces*) ;

5° Sénèque, fr. 52. Rome, marchand de pierres précieuses et d'étoffes de soie ;

6° Sénèque. Ep. VI (56) § 2. Rome, cabaretier.

C. — Textes épigraphiques.

1° CIL, III, 14. 206. 21. Philippes, prof. non indiquée ;

2° CIL, VII, 265. Norton (Bretagne) Joailler.

3° CIL, IX, 3027. Chieti, cordonnier.

Deuxième Partie

THÉORIE JURIDIQUE DE L'ACTION INSTITORIA

Les *institores* ainsi chargés de gérer le commerce d'un patron se trouvaient au point de vue juridique dans une situation singulière. Ils passaient avec les tiers des contrats nombreux ; il en résultait, lorsqu'ils étaient *alieni juris* une action au profit de leur maître ou de leur père ; mais les tiers n'avaient contre ces derniers aucune créance. Lorsque l'*institor* était *sui juris* la situation était encore plus bizarre ; le contrat produisait tous ses effets entre le commis et le client ; mais le *dominus tabernæ* qui en était le véritable bénéficiaire restait entièrement en dehors de ce rapport de droit.

Lorsque le commerce se développa à Rome une modification s'imposa : le prêteur donna au client une action contre le patron à raison des actes de l'*institor*, action qui fut appelée l'action *institoria*.

Plus tard on se préoccupa également de procurer dans tous les cas une action au maître contre l'*ins-*

titor, mais cette tentative ne paraît pas avoir abouti (1).

Cette seconde partie de notre étude a pour but de déterminer le rôle que jouait l'action *institoria* et le détail de son mécanisme. Nous étudierons successivement les conditions d'ouverture de l'action *institoria*, sa procédure et les effets de son exercice.

1. Ulpien, liv. XXVIII, *ad. ed.* II, 19, liv. XIV, tit. III, 1 *in fine* (opinion de Marcellus).

CHAPITRE PREMIER

LES CONDITIONS D'OUVERTURE DE L'ACTION INSTITORIA

L'action *institoria* est donnée à raison d'actes de l'*institor* : mais elle n'est pas donnée à raison de tous ses actes.

Les jurisconsultes romains se sont appliqués à résoudre les deux questions suivantes :

1° *Qu'est-ce qu'un institor ?*

2° *A raison de quels actes passés par l'institor donne-t-on l'action institoria ?*

A la première question nous avons déjà répondu par avance en étudiant la situation économique et sociale des *institores*.

La solution de la seconde sera pour le moment l'unique objet de nos efforts.

Trois conditions semblent avoir été requises par les Romains pour que l'acte donne lieu à la responsabilité du commettant. Il faut :

1° *Qu'il s'agisse d'un contrat ;*

2° *Que ce contrat ait été fait pour les besoins du commerce dont l'institor était chargé ;*

3^o *Que le tiers contractant ait eu connaissance des pouvoirs de l'institor.*

Néanmoins sur ce point de très vives controverses se sont produites parmi les savants, surtout en Allemagne ; aussi nous ne devons admettre cette condition que provisoirement parce que l'opinion générale l'admet et sous réserve d'un plus ample examen.

§ 1. — L'action *institoria* ne peut être donnée
qu'à raison d'un contrat

Selon l'opinion dominante, il faut pour qu'il y ait lieu à l'action *institoria* *qu'entre l'institor et un tiers un acte générateur d'obligation intervienne.*

Que cet acte soit un *contrat*, la plupart des auteurs ne l'exigent pas.

Selon M. Girard (1), par exemple, le prêteur « décida que le chef de famille serait obligé pour le tout, quand une personne en puissance aurait pris un engagement en vertu de sa volonté, soit pour un acte particulier (action *quod jussu*) soit dans l'exercice d'un commerce maritime (action *exercitoria*), soit dans l'exercice d'un commerce ou d'une industrie terrestre » (action *institoria*).

De même, M. May (2) indique que l'action *insti-*

1. Girard. *Manuel*, 3^e édition, p. 658.

2. May. *Précis*, 8^e édition, p. 400.

toria est ouverte contre le préposant « pour toutes les opérations se rattachant au commerce ».

Les savants français ne sont pas les seuls à s'exprimer de la sorte. M. Lenel (1) se range apparemment à la même opinion quand, en restituant le texte de l'édit, il dit : *quod cum institore gestum erit*.

Certains auteurs cependant semblent professer une opinion contraire.

M. Cuq (2) déclare : « Tout contrat conclu pas l'*institutor* dans les limites de ses attributions oblige le préposant *in solidum* envers le tiers qui a traité avec le préposé en cette qualité. »

La question, il est vrai, n'a été étudiée en détail par aucun des jurisconsultes que nous venons de citer. Un seul a abordé ce point franchement et en a traité avec minutie : c'est Mandry (3), mais le but que Mandry poursuivait ne coïncide pas exactement avec le nôtre.

Etudiant le patrimoine de famille au point de vue juridique, les actions *adjectitiæ qualitatis* rentraient évidemment dans le cadre de son étude ; mais il devait surtout insister sur les actions données contre le père de famille, à raison des actes des personnes en puissance, c'est-à-dire les actions *de peculio et de*

1. Lenel. *Edictum perpetuum*, 2^e édition, p. 250.

2. Cuq. *Institutions juridiques des romains*, t. II, p. 336.

3. Mandey. *Familiengüterrecht*, t. II, p. 228 à 252.

in rem verso, quod jussu et tributoria. Les actions *exercitoria* et *institoria* l'intéressaient moins. Elles figurent néanmoins au second plan de son étude et au cours de son travail Mandry utilise souvent des textes relatifs à notre action.

En outre la théorie des autres actions *adjectitiæ qualitatis* a assez fortement influencé le développement de l'action *institoria*. Les juriconsultes romains eux-mêmes en ont une conscience très nette et il arrive parfois qu'ils tirent un argument d'analogie d'une action *adjectitiæ qualitatis* à une autre action *adjectivæ qualitatis* de la même espèce, par exemple de l'action *de peculio* à l'action *institoria*. (Dig. liv. XIV, t. III. *De institoria actione*, fr. 13 § 2.)

Le système de Mandry quoiqu'il ne vise pas spécialement notre sujet, présente donc pour nous un intérêt considérable. C'est pourquoi nous essayerons de l'exposer et de le discuter en détail.

Mandry pose en principe tous les actes de la personne en puissance peuvent donner naissance à des actions *adjectitiæ qualitatis* sauf un petit nombre qu'il énumère.

Ainsi il a relevé dans les textes, des actions *de peculio* dérivant des actes les plus divers. En voici l'énumération :

1° ACTION DE PECULIO DÉRIVANT D'UN PRÊT.

Dig. liv. XVII, t. I. Mandati vel contra, fr. 12 § 13.

Dig. liv. XV, t. III. De in rem verso, fr. 3 § 1.

Cf. d'autres hypothèses de prêt dans *Dig. l. XV, t. III. De in rem verso*, 3 § 4 à 6 et *l. XV, t. IV, quod jussu*, fr. 3.

2° ACTION DE PECULIO DÉRIVANT D'UNE VENTE.

Dig. l. XIX, t. I. Empti venditi, fr. 24 § 2.

Dig. l. XV, t. III. De in rem verso, fr. 3 § 8.

Dig. eod. tit., l. 5, pr.

Dig. eod. tit., l. 5 § 2.

Le cas de prêt et surtout le cas de vente sont les plus fréquents dans les textes. Mais on rencontre aussi d'autres espèces de contrats quoique en beaucoup plus petit nombre.

3° CONSTITUTION DE DOT.

Dig. l. XV, t. I. De peculio 52, 1.

Dig. l. XXIV, t. III. Solutio matrimonii, fr. 22 § 12.

4° CAS DE FIDEJUSSION.

Dig. l. XV, t. I. De peculio, fr. 3 § 5.

Dig. l. XLVI, t. I. De fidejussoribus, fr. 10 § 2.

5° CAS DE MANDAT.

Dig. l. XV, t. I. De peculio, fr. 3 § 7 (cf. § 5 cité ci-dessus.)

Dig. l. III, t. V. Negotiis gestis, fr. 41 (42).

6° CAS DE LOUAGE.

Dig. l. XIX, t. II. Locati conducti, fr. 60 § 7.

7° CAS DE GAGE.

Dig. l. XV, t. I. De peculio, fr. 38.

On voit qu'il figure dans cette liste à peu près toutes les variétés de contrats.

Toutes les actions dérivées de ces actes très divers. peuvent donc revêtir la forme d'une action *adjectitæ qualitatæ*.

A côté de ces actions très nombreuses il y en a cependant certaines qui ne sont jamais intentées contre le *paterfamilias* à raison des actes des personnes en puissance. Ce sont selon Mandry :

1° *Les actions réelles ;*

2° *Les actions résultant des délits et des quasi-délits ;*

3° *Les actions résultant de l'exercice d'un officium* (charge de juges, tutelle, etc.)

Cette théorie, très nette, très claire, a néanmoins un grand défaut : elle est trop générale. Malgré la parenté des actions *adjectitæ qualitatæ*, leur développement parallèle, leur but commun qui était de miner le principe de la non-représentation par autrui dans les actes juridiques et l'influence certaine qu'exerça sur la théorie des plus récentes, la théorie déjà formée des plus anciennes, il est téméraire de construire un système général applicable à toutes.

De même que nous pouvons suivre l'exemple des jurisconsultes romains en signalant les traits frappants de ressemblance qui les rapprochent, nous devons aussi les imiter quand ils étudient à part la

théorie de chacune d'elles. Aussi sans pousser plus loin l'examen des généralisations de Mandry, nous rechercherons le principe qu'ont posé les romains au sujet de l'action *institoria*.

Plusieurs textes du titre *De institoria actione* nous révèlent cette règle fondamentale. C'est d'abord Ulpien qui proclame : « il a paru juste au prêteur que nous soyons tenus en vertu des *institores* dont les actes nous procurent des avantages (1). »

Plus loin Gaïus affirme qu'une action devrait être donnée « à raison de l'*institor* quand on ne peut maintenir ses intérêts par aucun autre moyen de droit » (2).

Cette action qui formerait la contre-partie de l'action *institoria* serait donnée à raison des contrats de l'*institor*, c'est donc que l'action *institoria* résulte des mêmes actes.

D'autres allusions se retrouvent ailleurs encore dans des textes d'Ulpien (3). La règle est donc bien nette : *L'action institoria ne peut être donnée qu'à raison des contrats de l'institor.*

Deux textes cependant semblent contredire cette assertion.

1. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 1. « Aquam pretori visum etsicut comoda sentimus ex actu institorum ita etiam obligari non excontractibus ipsorum et conveniri. »

2. Dig. eod. tit. II. « Eo nomine quo institor contraxit si modo aliter rem unam servare non potest. »

3. Dig. eod. tit. fr 5 § 11. « Si ejus rei gratia cui præpositus fuerit contractum est. » Cf. § 17 et fr. 11 § 2

Ils accordent l'action *institoria* dans des hypothèses où ils s'agit d'un délit, non d'un contrat.

Le premier texte est emprunté au livre XXVIII du *Commentaire sur l'Edit*. Il se trouve au Digeste à notre titre dont il constitue le paragraphe 8 du fragment 5. Ulpien rapporte une opinion de Labéon.

« *Idem ait si libitinarius servum pollinctorem habueritisque mortuum spoliaverit dandam in eum quasi institoriam quamvis et furti et injuriarum actio competeret.* »

C'est là évidemment une hypothèse de délit :

L'esclave d'un entrepreneur de pompes funèbres qui dépouille un cadavre se rend coupable d'un vol et d'un délit d'injures. Il n'y a pas de doute : Ulpien lui-même le reconnaît. Pourquoi accorde-t-il l'action *institoria* après avoir d'abord décidé que l'action *institoria* ne pouvait avoir qu'une origine contractuelle. Mais à vrai dire la contradiction n'est qu'apparente.

L'hypothèse étudiée par le jurisconsulte est bien une hypothèse de délit ; mais l'action accordée n'est pas l'action institoire : ce n'est qu'une action utile *quasi institoria*, qui n'était pas proposée dans l'édit, mais accordée bénévolement par le préteur. Sur ce premier point le principe reste donc intact.

Le second texte qui semble le contredire est de Paul dans son *Commentaire sur l'Edit* (liv. XXIX) et nous a été conservé par le Digeste (1).

1. Dig. liv. XIV, tit. III. *De institoria actione*, fr. 17 pr.

« *Si quis mancipiis vel jumentis pecoribusve emendis vendendisque præpositus sit, non solum institoria competit adversus eum qui præposuit sed etiam redhibitoria vel ex stipulatu duplæ simplæve in solidum actio danda sit.* »

L'hypothèse que Paul étudie n'est pas difficile à reconstituer. Un *institor* vend pour le compte de son *dominus tabernæ* des bestiaux ou des esclaves sur le forum. Toute personne qui traitera avec l'*institor* aura contre le *dominus tabernæ* l'action *institoria* pour obtenir soit la chose vendue, soit le prix, selon qu'il s'agit d'un achat ou d'une vente. Mais il aura en outre deux actions que Paul appelle l'une action *redhibitoria*, l'autre l'action *ex stipulatu duplæ simplæve in solidem* contre le préposant. Quelles sont ces actions? Prenons d'abord l'action *redhibitoria*.

Il ne s'agit point de l'action *redhibitoria* ordinaire, telle que l'édit des édiles la propose. Elle est donnée pour réprimer un délit non contre l'auteur de ce délit mais contre celui qui en a profité : c'est donc une action *redhibitoria* utile. Le fait qu'elle est donnée *in solidum* prouve qu'elle revêt dans la pensée de l'auteur du texte la forme d'action institoire.

Quant à la seconde action, dite par Paul *ex stipulatu*, c'est probablement une action en garantie résultant d'une stipulation annexée à la vente ou peut-être même d'une stipulation sous-entendue.

Cela explique pourquoi le texte prévoit deux taux de stipulation, le simple et le double. Dans certaines régions, il était d'usage de stipuler le simple ; dans d'autres la clause pénale était du double et l'on permettait en tout cas d'intenter en vertu de cette clause expresse ou tacite une action *ex stipulatu*, donc contractuelle. Si l'on veut utiliser la clause contre le préposant d'un *institor*, il faudra intenter comme action *institoria* cette action *ex stipulatu*.

Ce passage du Digeste ne présente donc qu'une difficulté.

Pourquoi mentionne-t-il une action délictuelle contre le préposant alors qu'en 294 Dioclétien (1) décide encore que les actions contractuelles sont seules données comme *institoria* ?

La netteté des textes affirmant le principe nous amène à voir là une interpolation dans le texte de Paul. Nous sommes prêt à croire que Justinien en revisant le texte de Paul y a ajouté les mots (*redhibitoria et*), cette correction se comprendrait fort bien. Au VI^e siècle en effet l'action *redhibitoria* a perdu tout caractère pénal ; elle n'est plus une mesure de police mais une annexe de la théorie de la vente. On a donné à l'édit édilicien une portée plus large ; au lieu de le reléguer à l'extrémité de son ouvrage comme faisaient les jurisconsultes classiques, Justi-

1. C IV, *De exercitoria et institoria actione*, 6.

nien lui fait prendre place à la suite du titre relatif à l'action de vente. L'action *redhibitoria* est désormais une action contractuelle, reposant sur une clause sous-entendue ; elle joue en matière de garantie des vices un rôle analogue à celui que joue en matière de garantie l'action *ex stipulatu simplæ vel duplæ*. Justinien voyant dans un texte le nom seul de cette dernière y a ajouté naturellement celui de l'autre. C'est ainsi que l'action *redhibitoria* a pu s'intenter comme action institoire sans qu'ait été violé le principe d'après lequel seules les actions contractuelles donnent lieu à poursuite contre le préposant.

§ 2. — Le contrat doit avoir été fait pour les besoins du commerce dont l'institor était chargé

Sur ce second point, nulle discussion n'a surgi parmi les auteurs modernes : les Romains ont tant insisté sur sa nécessité et étudié tant d'espèces que le doute n'est plus possible.

Il est vrai qu'ils ont été très larges pour satisfaire à cette condition : aussi avons-nous à dessein employé une formule très générale. Des nécessités pratiques très nombreuses et très pressantes exigeaient une interprétation extensive.

Le commerce exigeait que le préposé fut couvert

sans cesse par son préposant. Sans cela l'action *institoria* n'aurait été qu'une duperie.

Aussi le commentaire d'Ulpien présente le cas d'un *institor* préposé à la vente de marchandises qui ne sont pas autrement désignées dans une boutique louée par le préposant.

L'*institor* n'ayant pas d'argent pour payer le loyer emprunte à un tiers : ce tiers aura contre le préposant l'action *institoria* (1).

Mais il faut au moins que le tiers puisse prouver la relation entre le contrat passé par l'*institor* et la mission qui lui a été confiée, faute de faire cette preuve le tiers sera repoussé, un texte nous le dit formellement (2).

En somme, donnent lieu à l'action *institoria*, non seulement les actes en vue desquels l'*institor* a été établi, mais aussi tous les actes faits à l'occasion de l'accomplissement de sa tâche. C'est par une distinction analogue qu'en droit français on déclare commerciaux non seulement les achats de marchandises faits par le commerçant dans l'intention de les revendre, mais encore tous les actes faits à l'occasion de son commerce.

Il y a cependant une différence entre la théorie romaine de l'action *institoria* et la théorie française des actes de commerce.

1. Dig. liv. XIV, tit. III. *De institoria actione*, fr. 5 § 13.

2. Dig. liv. XIV, tit. III. *De institoria actione*, fr. 13, pr.

Tandis que le droit français moderne suppose en l'absence de preuve la commercialité de l'acte accompli par le commerçant, le droit romain se prononce dans le doute en faveur de la non-commercialité ; mais dans l'un comme dans l'autre système, ces présomptions n'interviennent qu'en l'absence de tout autre moyen de preuve et peuvent toujours être démontrées fausses.

§ 3. — Le tiers contractant doit-il avoir connu au moment du contrat les pouvoirs du préposé

De nos jours, lorsqu'un tiers se présente dans une boutique, il traite avec le commerçant lui-même ou avec ses employés. Mais si des contestations s'élèvent relativement au contrat ainsi intervenu, que le tiers ait traité avec un employé ou avec le patron, c'est toujours ce dernier seul qui sera mis en cause, le tiers est censé en droit avoir traité avec lui, et en effet, c'est le patron seul qui perd ou gagne dans l'opération. Il n'est nullement besoin que le tiers ait connu les pouvoirs du préposé auquel il a parlé, ni même qu'il ait eu conscience qu'il parlait à un employé. Dans tous les cas, c'est avec le patron et avec le patron seul que le contrat est réputé avoir été passé (1).

1. Lyon-Caen et Renault. *Précis de droit commercial*, p. 356, n 501.

A Rome, il n'en était pas de même avant la création de l'action *institoria*; après l'inscription d'une clause relative à ce sujet dans l'édit prétorien, connaît-on un état du droit identique à celui que nous rencontrons de nos jours, ou bien le client n'eût-il d'action contre le patron que dans l'hypothèse où il connaissait les pouvoirs du préposé ?

La solution la plus pratique eût été celle que donne aujourd'hui le droit français. Mais elle n'est guère conforme aux théories romaines. Les contrats quand ils étaient solennels ne pouvaient intervenir qu'entre personnes présentes : ce n'est que pour les contrats consensuels que la question pouvait se poser. Encore pour ceux-là exigeait-on que les parties se connusent et sachent avec qui elles traitaient.

L'action *institoria* avait un caractère singulièrement exceptionnel. Il est donc à présumer qu'elle n'était reçue que lorsque le client prouvait qu'il avait connu les pouvoirs du préposé.

Telle est l'opinion professée par la majorité des auteurs. M. Girard par exemple déclare : « Le préposé n'avait certainement pas besoin pour rendre le préposant débiteur à côté de lui, d'exprimer la volonté d'atteindre ce résultat. Et des auteurs en ont conclu que nos actions existent par le fait seul de la préposition, même quand le tiers contractant ne l'a pas connue. Mais les deux choses ne sont pas liées (1). »

1. Girard. *Manuel*, 3^e édit., p. 661, n. 1.

L'opinion contraire cependant a été défendue a plusieurs reprises.

C'est elle qu'après Mandry un professeur allemand, M. Schlossman, a reproduite en la soutenant d'arguments en partie nouveaux dans un article intitulé *Das Kontrahiren mit offener Vollmacht* et qui a paru en 1892 dans un volume de *Mélanges* (1). Ces arguments, il est vrai, n'ont pas réussi à changer l'opinion communément admise, mais l'éclat que leur avait donné leur auteur a entraîné une réplique de M. Lenel, le savant reconstituteur de l'édit perpétuel, qui a publié en 1896 dans les *Jahrbücher* de Ihering un article fidèle à l'opinion traditionnelle. (2) L'intérêt d'actualité que cette polémique a donné à la question nous force à nous arrêter à ce problème. Et cependant à bien prendre les choses, les textes que l'on a invoqués ne s'occupent de la matière que d'une manière tout à fait indirecte.

Les jurisconsultes romains ne paraissent pas s'y être longuement attardés, et si les principes généraux ne nous guidaient avec sûreté, nous serions obligés de rester dans une demi incertitude.

Nous examinerons isolément chacun des textes invoqués.

1. Schlossmann. « Das Kontrahiren mit offener Vollmacht » dans la *Kieler Festgabe für Ihering*. — Cf. du même *Ihering's Jahrbücher*, t. XXXVII 1897, p. 138-154.

2. Lenel. *Ihering's Jahrbücher*, 1896, p. 131-144.

10 *Ulpien* (liv. XXVIII, *ad ed.* Dig liv. XVII, de *exerc. act.*, fr. 1, § 9.)

Ce texte cité par la plupart des partisans de l'opinion dominante a été finement étudié par Schlossman (*Dissertation précitée*, p. 220 à 225) qui a essayé de le tourner en faveur de la théorie dissidente de Mandry.

L'hypothèse étudiée par *Ofilius* est la suivante :

Un *magister* a emprunté à un tiers une certaine somme pour réparer son navire. L'action *exercitoria* est-elle donnée contre l'*exercitor*.

Deux cas sont à envisager : le *magister* a employé l'argent à réparer le navire ; il n'y a alors aucune difficulté : l'*exercitor* est tenu. Si au contraire le *magister* n'a pas employé l'argent au but annoncé, l'*exercitor* n'est pas tenu pourvu qu'il y ait eu dès le début de la part du *magister* intention de frauder.

Il sera tenu au contraire si le *magister* avait emprunté pour réparer le navire, puis avait changé d'opinion, car alors l'*exercitor* est coupable d'un mauvais choix du *magister*. Mais devra-t-on tenir compte de l'opinion véritable du *magister* ou seulement de celle qu'il a exprimée dans l'acte ? Le texte semble dire que l'attention du juge devra porter uniquement sur le texte de l'acte (*hac lege hoc specialiter non expresserit*). Il y aurait là une présomption irréfragable qui substituerait à l'intention réelle du

magister au moment de la conclusion de l'acte celle que l'acte lui prête.

Le texte semble donc dès le premier abord en faveur de l'opinion dominante : il faut pour que l'*exercitor* soit responsable que le *magister* ait emprunté *ad navem reficiendam* et que l'acte exprime son intention, il faut en somme qu'il ait déclaré accomplir un acte relatif à un commerce spécial et cette déclaration devait être forcément accompagnée d'une autre par laquelle le préposé avouait son préposan,

Mais Schlossmann remarque que cette solution contraire à son opinion ne tient qu'à un petit nombre de mots *hac lege et hoc specialiter non expresserit quod ad navis causam accepit* ; ces mots ne seraient-ils pas le résultat d'une interprétation. Ce texte abonde en effet en tournures aimées de Justinien (*Lieblingswendungen Justinians*) *quod* au lieu de l'infinitif (1) *specialiter exprimere* (2) et *non* au lieu de *nec*. Il n'y a pas de doute, conclut notre auteur, c'est par une interpolation que Justinien a établi le système qui domine aujourd'hui : la théorie classique s'attache uniquement à la volonté du *magister* : le texte dans sa forme primitive ne contient pas une lettre qui intéresse la question.

1. Voir Kalb. *Juristenlatein*, p. 81.

2. Eisele. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. X, p. 301.

Tel est le raisonnement très fin, trop fin peut-être par lequel Schlossmann arrive à écarter notre texte. Certes on ne saurait contester que la tournure de la phrase soit peu classique. Mais de ce style embarrassé, doit-on conclure à un changement dans le droit de Justinien ? Que la phrase nous soit parvenue altérée, c'est infiniment probable ; son allure peu latine en fait foi. Mais quel est le caractère exact et la portée de cette altération ? Remarquons tout d'abord qu'elle n'est établie que pour le membre de phrase suivant *et hoc specialiter non expresserit quod ad navis causam accepit*. Les mots *si hac lege accepit quasi in navem impensurus* doivent être considérés comme se trouvant réellement dans Ulpien. Le système adopté par l'opinion générale moderne est suffisamment attesté par eux.

Comment expliquer alors qu'une main postérieure ait ajouté une précision peu élégante dans le second membre de phrase ? C'est sans doute pour plus de clarté, pour souligner le sens trop brièvement indiqué dans la première partie.

L'auteur de cette addition nous est d'ailleurs inconnu. S'agit-il d'une interpolation de luxe ou d'une glose ? Probablement d'une interpolation de luxe, si l'on songe que les locutions employées dans le membre de phrase additionnel sont familières à Justinien.

2° *Africain* (liv. VIII, *Quæstionum. Dig.* liv. XIV, tit. 1, fr. 7 pr.)

Africain étudie l'hypothèse suivante : Lucius Titius a un *magister* Stichus qui emprunte à un tiers pour réparer son navire et mentionne dans l'acte le but de son emprunt. Titius est-il néanmoins tenu de l'action exercitoire ? Non, dit Africain, mais il donne un action utile au cas où le navire avait au moment de l'acte besoin de réparations. Il y a une présomption en faveur de l'emploi de l'argent aux réparations, mais il n'y a pas de certitude. Le créancier serait battu sur l'action *exercitoria* ; il sera vainqueur sur l'action utile.

Ce texte intéresse peu notre question. On en a tiré un argument analogue à celui qu'on a tiré du texte précédent. Mais c'est fort justement que Schlossmann observe la profonde différence qui sépare cette hypothèse de celle que nous étudions : ce fragment prouve que le tiers doit au moment du contrat être au courant de l'état du navire ou de l'intention du *magister* ; point n'est besoin qu'il ait connaissance des pouvoirs du capitaine et du mandat à lui conféré par l'armateur.

3° *Gaius* (Inst. IV, §§ 70 et 71)

Ici encore Schlossmann remarque avec raison que Gaius laisse entière la question qui nous intéresse ;

il indique qu'en fait on avait en vue le maître quand on concluait un contrat avec le *magister* ou l'*institor* ; il ne prouve pas que le *magister* ou l'*institor* soient obligés d'indiquer leurs pouvoirs à leurs clients.

4° Ulpien (*liv. XXVIII ad. ed. Dig. de inst. ach. liv. XIV, tit. III, fr. 5 § 17*)

Mitteis (1) a cité ce texte en faveur de l'opinion générale. Il établissait une faveur au bénéfice du tiers qui contracte avec l'*institor*, sans connaître la mort du commettant de ce dernier, le tiers ignore forcément l'héritier, désormais commettant. Son contrat donne néanmoins lieu à l'action *institoria*. Mais si l'on veut en parlant de ce texte découvrir la règle générale, il faut renverser le principe qu'il pose.

Etant donné que nous nous trouvons en face d'une solution exceptionnelle un argument *a contrario* s'impose. Ce texte autorise une action *institoria* dans un cas où le client a ignoré le préposant ; c'est donc que dans tous les cas analogues on refuse l'action.

Schlossmann a essayé de contredire cette opinion ; le décès selon lui révoque le mandat de l'*institor* ; la

1. *Stellvertretung*, p. 29.

faveur dont bénéficie le tiers ne tient pas à ce qu'il a ignoré le *dominus tabernae*, mais à ce que la révocation du mandat n'est pas prise en considération. Entre les deux raisonnements, il est difficile de choisir. Si nous voulons rester dans la vérité, il sera plus prudent de déclarer ici comme plus haut que ce texte ne contient pas non plus la solution du problème. La possibilité de l'expliquer de diverses manières le rend entièrement inutilisable à notre point de vue.

5° Ulpien (*liv. XXVIII ad. ed. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 5 § 9*)

Ce texte cité également par Mitteis fournit à l'opinion dominante un argument fort spécieux.

Les mots *si permisit ei item dari summas* semblent prouver que le client doit connaître les pouvoirs spéciaux confiés à l'esclave commissionnaire.

Schlossmann répond néanmoins avec raison que le *permisit* ne vise pas une permission spéciale, qui aurait engendré l'action *quod jussu*, mais un mandat très général d'aller vendre le pain à domicile, une tolérance plutôt qu'un ordre. Le texte se trouve donc encore étranger à la question.

A propos de la règle que pose ce fragment, Mitteis s'écrie (p. 30) : « quel homme raisonnable voudra croire que l'étendue du mandat règle les rapports

des contractants, si l'un des deux contractants, en l'espèce le créancier, n'a pas besoin de connaître l'existence de cette préposition ? » Mais ici encore Mitteis a pris son désir pour la réalité. Voulant à toute force appuyer l'opinion la plus raisonnable sur des textes, il a rapporté au problème qu'il étudiait des fragments de jurisconsultes qui y étaient totalement étrangers.

Le raisonnement de Mitteis est certainement plein de bon sens, mais il faut avouer qu'il est loin du texte qu'il s'agit d'interpréter.

5^o *Gordianus A Prudentiano (C. 5. 39
quando ex facto 3)*

Cette constitution citée par Zimmermann fournissait un argument intéressant. Mais c'est par erreur qu'on l'a rapporté à l'action *institoria* il s'agit là en réalité de l'action *certæ creditæ pecuniæ*.

Le dernier argument invoqué en faveur de l'opinion générale par Lenel vient de sa propre restitution de l'édit sur les actions *institoria* et *exercitoria*.

« Quod cum institore gestum erit ejus rei nomine cui præpositus fuerit. »

Quelle est la valeur de cet argument ? bien mince à notre avis. Certes la restitution de l'édit est assez bien établie pour que l'on ne puisse accuser Lenel

de fabriquer des textes en vue d'une opinion à soutenir.

Mais les expressions de l'édit ont-elles la valeur que l'éminent professeur de Fribourg leur prête?

Elles signifient seulement que l'action *institoria* sera donnée quand l'*institor* aura contracté dans la limite de ses pouvoirs. La conséquence n'est pas nécessairement que ses pouvoirs doivent être connus au moment du contrat.

Ainsi un seul argument de texte peut être invoqué en faveur de l'opinion dominante. Encore est-il bien subtil et bien indirect : Il forme néanmoins avec l'argument de vraisemblance un motif suffisant pour rejeter l'opinion de Schlossmann (1).

Cette opinion ne nous paraît pas atteinte par les quatre propositions suivantes que Schlossmann a présentées :

1° *Dans certains cas il est impossible de nommer le contractant, les jurisconsultes donnent néanmoins une action institoire ;*

2° *Dans d'autres hypothèses le commettant ne peut être connu, puisqu'il n'y a pas de contrat ;*

3° *Parfois le caractère formel de l'acte empêche d'y indiquer le préposant ;*

1. Cette opinion a été défendue en outre par Mandry. *Krit. Vierteljahresschrift*, t. XIV, 1872, p. 395 et *Familiengüterrecht*, 1876 et *Elsässer. Über die institorische, Klage*, Tübingen, 1875, p. 15.

4° Enfin dans un texte il y a lieu à l'action *institoria* quoique le contractant ignore la préposition.

Nous allons reprendre chacune de ces affirmations en discutant les arguments sur lesquels on prétend les appuyer.

Nous verrons que les raisons qui ont écarté certains auteurs de l'opinion générale sont bien fragiles et que toute l'ingéniosité qu'ils ont dépensée est insuffisante :

1° Dans certains cas où il est impossible de nommer le contractant, les jurisconsultes donnent néanmoins une action *institoire*.

Telle est la proposition qui ressortirait de l'examen des trois textes :

Ulp. l. XXVIII, *ad ed.* — Dig. liv. XIV, tit. III. *De institoria actione*, fr. 5 § 18.

« Sed etsi procurator meus, tutor, curator institorem præposuerit, dicendum erit velut a me præposito dandam institoriam actionem. »

Paul, l. XXX, *ad ed.* — Dig. XIV, tit. III. *De institoria actione*, fr. 6.

« Sed et in ipsum procuratorem si omnium rerum procurator est, dari debet institoria. »

Ulp. l. XXVIII, *ad ed.* — Dig. *eod.*, tit. f. 7.

« Sed etsi quis meam rem gerens præposuerit et ratum habuero idem erit dicendum »

Ces textes visent des hypothèses où le préposant n'est intervenu qu'en qualité de représentant d'un

tiers, soit comme tuteur, soit comme *procurator omnium rerum*, soit comme *negotiorum gestor*.

L'action *institoria* n'est pas alors donnée contre le préposant, mais contre le tiers dont il gère les affaires. *L'institor* ne peut évidemment pas désigner le préposant comme responsable, rien ne l'empêche dans les deux premiers cas au moins de nommer le tiers représenté qui est le véritable *dominus tabernæ*.

On répondra : il reste encore une hypothèse dans laquelle la désignation du commettant est impossible ou plutôt n'est pas toujours possible, puisque le géré peut être inconnu. Il est vrai que se sont des textes exceptionnels déroatoires au droit commun. L'action *institoria* est en principe liée au fait de la préposition ; elle dépend d'un ordre, d'un mandat donné à *l'institor* : c'est contre celui qui a donné l'ordre, contre le mandant que le client a le droit d'intenter une action. Or, ici c'est un tiers, bénéficiaire à vrai dire des avantages de l'opération, que l'on déclare responsable. Le principe sur lequel se fonde la responsabilité (avantages retirés de l'opération qui donne lieu à l'action) est tout à fait différent du principe normal qui rattache le droit du tiers au fait concret, matériel, de la préposition.

C'est pour des raisons pratiques parce que la règle ordinaire aboutissait dans ces cas spéciaux à des résultats injustes que l'on a dérogé au droit commun. Quel argument peut-on tirer de textes aussi excep-

tionnels ? Le fait constaté par Schlossman et qui présente son intérêt, n'apporte aucune lumière dans le débat présent.

2° *Dans certaines hypothèses, il y a lieu à l'action institoria sans qu'il y ait eu contrat.*

Cette affirmation a été ruinée par avance au début de ce chapitre. Mais Schlossmann fournit à l'appui de ses dires, deux textes particulièrement peu probants qui ne sauraient valoir contre les arguments péremptoires exposés ci-dessus.

L'un de ces textes (Dig. liv. XIV, tit. III. fr. 5 § 16 :) *Item fidejussori qui pro institore intervenierit, institoria competit.*

Sans aucune apparence de raison, Schlossmann allègue qu'il s'agit ici d'une gestion d'affaire.

Mais rien ne prouve que le fidéjusseur soit intervenu de son plein gré, et en tout cas l'action en recours du fidéjusseur contre le débiteur principal résulte toujours d'un contrat. Que ce contrat ne soit pas en apparence intervenu entre le débiteur et la caution, cela est évident, mais s'il n'y a pas de contrat formel, il y a néanmoins un contrat, une société sous entendue que la loi présume. En outre, il ne s'agit pas d'une action *institoria*, proprement dite, mais d'une action *quasi institoria*, d'une action utile proposée par les jurisconsultes mais non admise dans l'édit. Cela ne résulte pas du texte que nous avons cité, mais d'un autre qui se trouve au Digeste

(liv. XVII, tit. I; *mandati vel contra* fr. 10 § 5). L'argument n'a donc aucune portée.

Il en est de même d'ailleurs de l'argument tiré d'un texte d'Ulpien relatif à l'action *exercitoria*.

Ulpien énumère les conditions auxquelles le prêteur accorde l'action *exercitoria*. Il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'une opération juridique relative à la navigation ; par exemple si pour refaire un navire le capitaine a fait quelque contrat ou quelque dépense *veluti si quid reficiendæ navis causa contractum vel impensum est*. Quelles sont ces dépenses dont il s'agit ? Ulpien ne s'applique pas. Schlossmann y a vu aussitôt des dépenses résultant d'un quasi-contrat. Mais le texte ne dit rien de tel : il emploie une formule un peu redondante et voilà tout. Il n'y a aucune raison de croire que l'action *institoria* s'applique en dehors de la zone des contrats.

3° Dans certains contrats de forme abstraite, le nom du commettant ne pourrait être indiqué et l'on donne à l'appui un texte (Dig. liv. XIV, tit. 3, fr. 19, pr.) où il est parlé d'une action *institoria* résultant d'une stipulation.

Que faut-il en conclure ? Rien du tout, à notre avis ; la formule de la stipulation n'a pas une rigidité absolue ; on peut fort bien y introduire dans une incidente et sous une forme abrégée la désignation du commettant. Mais quand même on ne l'aurait pas fait, qu'importe pour notre thèse ? La seule chose

qui nous importe, celle qui fait l'objet du présent débat, est en réalité différente. Il ne s'agit point de savoir si le nom du commettant figurait dans l'acte, mais bien si le tiers devait ou non connaître la situation et les pouvoirs du *commis* avant de passer le contrat. Point n'est besoin qu'il ait appris ce qu'il doit savoir au moment du contrat ou même de la bouche du *commis*. Il suffit qu'il ait été renseigné d'une manière quelconque et qu'il ait contracté avec le *commis* en tant que *commis* et non comme agissant pour son propre compte. Il faut avouer que le texte cité ne nous fournit sur ce point aucun renseignement.

4° Il reste enfin un fragment d'Ulpien (Dig. liv. XIV, tit. 3. *De institoria actione*, fr. 13, pr.). Schlossmann donne de ce texte l'interprétation suivante : Un personnage quelconque a à Arles un *institor* qui a pour mission de faire le commerce de l'huile. Un tiers lui prête de l'argent pour les besoins de son commerce et n'étant pas remboursé il intente contre lui l'action *institoria*.

« Les fonds prêtés, dit-il, l'ont été pour les besoins du commerce d'huile fait par l'*institor*. » Mais il ne peut prouver son affirmation : son action est rejetée. Il découvre alors seulement que l'*institor* est aussi préposé *mutuis accipiendis* et il obtient, malgré l'effet *extinctif* de la *litis contestatio*, la permission d'in-

tenter sur ce point une deuxième action institoire, sur laquelle il triomphe.

Tout cela nous semble fort exact. Mais quelles conclusions doit-on en tirer ? Que le tiers ne savait pas qu'il contractait avec un *institor* ? Non évidemment ; bien au contraire, le texte semble prouver qu'il connaissait le caractère subalterne de son co-contractant. Il en ressort seulement que le tiers ne connaissait pas tous les pouvoirs de l'*institor*. Mais là n'est pas la question. Les partisans de l'opinion généralement admise n'ont jamais prétendu que le client devait connaître par le détail les instructions adressées à l'*institor* ; il suffit qu'il connaisse l'existence d'un commettant. Le texte n'apporte donc aucun appui à la théorie de Schlossmann.

Il faut donc en rester à la théorie d'après laquelle le tiers doit avoir une connaissance au moins sommaire du caractère subalterne du préposé. L'action *institoria* est issue d'un contrat ; elle tend à exécuter la volonté des parties au moment de ce contrat. Si on accorde un recours contre le préposant, c'est qu'on présume que le client a eu en vue le préposant plus encore que le préposé. La première de toutes les conditions pour qu'il y ait lieu à ce recours est donc que le tiers *contractant* ait connu le préposant, sans quoi l'analyse de la volonté sur laquelle repose l'action *institoria* serait fausse.

L'action *institoria* destinée à corriger la règle for-

maliste d'après laquelle nul ne contracte qu'avec une personne présente viendrait à l'encontre du but qu'on s'est proposé en la créant.

Toutes les vraisemblances sont de ce côté. Les textes n'y contredisent pas et semblent même dans une petite mesure les confirmer. Il est manifeste que Schlossmann s'est abusé.

L'action *institoria* sera donc admise chaque fois qu'un contrat relatif à son commerce sera passé par un *institor* préposé à ce commerce et dont le préposant est connu.

CHAPITRE II

PROCÉDURE DE L'ACTION INSTITORIA

Après avoir déterminé les conditions d'exercice de l'action *institoria*, après avoir décrit la situation dans laquelle elle fonctionne, il convient d'étudier maintenant son mécanisme procédural.

Nous n'avons pas l'intention de décrire tous les actes qu'il faut accomplir pour mener jusqu'au bout un procès de cette sorte ; il nous suffira de déterminer dans quelle catégorie de la classification des actions elle rentre et de renvoyer pour le surplus aux ouvrages qui traitent de la procédure en général. Dans quelle classe rentre notre action ? La meilleure méthode pour fournir une réponse satisfaisante nous semble être de résoudre successivement les trois problèmes suivants :

1° *L'action institoria est-elle civile ou prétorienne ?*
C'est-à-dire a-t-elle été créée par la loi ou par le préteur ;

2° *L'action institoria est-elle in jus ou in factum ?*
Ce qui signifie : le succès du demandeur est-il subor-

donné à l'existence de rapports de droit ou à la démonstration de faits déterminés ?

3° *L'action institoria est-elle fictive ou avec transposition de personnes ?*

Cette troisième question suppose une réponse préalable donnée aux deux autres.

Une action peut en effet être prétorienne et *in jus*. Mais pour être fictive, ou avec transposition de personnes, elle doit d'abord être prétorienne, ensuite être intentée *in jus*.

Notre chapitre se divisera naturellement en trois paragraphes, dont chacun correspondra à l'une des questions posées ci-dessus.

§ 1. — L'action institoria est-elle civile ou prétorienne

L'opinion commune répond que l'action *institoria* est prétorienne et elle n'a à notre connaissance été nulle part contestée.

Le premier argument que l'on puisse rapporter à l'appui de cette opinion suffirait à lui seul : C'est un texte des *Institutes* de Gaïus (1).

Au paragraphe 50 de son livre IV, Gaïus expose que si sur le *jussum* du père ou du maître un acte est passé, le préteur a composé une action *in solidum* contre le père ou le maître.

1. Gaïus. *Institutes*, 4, 51.

Au paragraphe 71 il ajoute : *eadem ratione comparavit duas alias actiones exercitoriam et institutoriam*.

Mais si ce témoignage formel nous faisait défaut, il serait néanmoins facile de prouver le caractère prétorien de notre formule. En effet, le prêteur ne promulguait l'édit que pour les actions qu'il avait lui-même créées. Quant à celles que la loi le contraignait à accorder, s'il n'avait pas besoin de les permettre par une clause formelle, il se contentait d'afficher le modèle de la formule qu'il délivrerait.

Or, notre action *institoria* était promise par un édit. Certes, cet édit ne nous a pas été rapporté dans son texte primitif, comme il arrive parfois ; mais son existence ressort avec la plus grande certitude de l'étude que nous allons faire avec M. Lenel (1), d'un texte fondamental d'Ulpien. Ce fragment (2) est trop long pour que nous le citions en entier ; on en trouvera le texte dans la *Palingenesie* de M. Lenel, nous nous contenterons ici d'en donner une idée générale dans une brève analyse.

Après avoir dans quelques phrases préliminaires indiqué les avantages de l'action *institoria* et de son

1. Lenel. *Edictum perpetuum*, 2^e édit., Berlin, 1907, 250 et 260.

2. Ulpien, liv. XXVIII, *ad ed.* Dig. liv. XIV, titre III, *de institutoria actione*, fr. 1, 3, 5, 7, 9, 11 pr. a § 7.

origine prétorienne (1), Ulpien définit l'*institor* (2). Puis il énumère une série de métiers qui, sans rentrer *stricto sensu* dans la définition du mot *institor*, y ont été rangés par les jurisconsultes (3).

Brusquement, Ulpien passe à un autre sujet : il remarque que si l'action *institoria* est donnée contre tous les commettants d'*institores*, elle n'est pas donnée à raison de tous les actes de ces *institores*. Seuls, dit-il, y donnent lieu les contrats passés par l'*institor* pour les besoins du commerce dont il est chargé (4) et à ce propos notre jurisconsulte examine minutieusement une nouvelle série d'hypothèses (5). Enfin, le commentaire se termine par deux remarques qui accordent l'action *institoria* contre l'héritier et contre le procureur, le tuteur et le curateur du commettant véritable.

Ces trois séries de développements se rapportent certainement à trois éléments divers de l'édit. Le préteur devait parler d'abord de celui à raison des actes duquel on donne l'action *institoria*, des actes qui donnent lieu à l'action, et des personnes contre qui on l'accorde.

C'est en partant de ces trois éléments communs

1. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 1.

2. D. eod. fr. 3.

3. D. eod. fr. 5 du pr. au § 11 non compris.

4. D. eod. fr. 5 § 11.

5. D. eod. fr. 5 § 12 à 16.

que M. Lenel (1) propose une restitution de l'éditainsi conçu :

Quod cum institore gestum erit ejus rei nomine, cui præpositus fuerit in eum qui cum præposuerit judicium dabo.

Dans son ensemble la restitution nous paraît excellente et nous sommes tout prêt à l'admettre sous le bénéfice des deux observations suivantes.

1° L'édit ne contenait certainement pas le mot *gestum*.

Nous avons vu que l'action *institoria* n'était pas donnée à raison de tous les actes de l'*institor*, mais seulement à raison de ses contrats. L'édit tenait évidemment compte de cette restriction. M. Lenel cite, il est vrai, en faveur de sa rédaction un texte (2) :

Non tamen omne quod cum institore geritur obligat cum qui præposuerit, sed ita, si ejus rei gratia cui præpositus fuerit contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum præposuit.

La formule restrictive d'Ulpien ne s'expliquera que pour interpréter dans un sens plus étroit le texte de l'édit.

Peut-être, néanmoins, pourrait-on comprendre autrement le texte. Avant d'étudier une série de cas particuliers et difficiles, intéressants au point de vue

1. V. Lenel. *Ed. perpetuum*, p. 250.

2. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 5 § 11.

pratique, Ulpien a voulu poser un principe général et pour accuser davantage les restrictions apportées par le texte même de l'édit, il a composé la formule employée dans le cas particulier qui l'occupait, à une autre qui revenait assez souvent dans les clauses édictales. Il compare les mots *id quod cum institore geritur* avec cette autre formule plus précise *id ejus rei nomine cum præpositus fuerit contractum est*. La seconde est évidemment celle de notre édit.

M. Lenel n'a d'ailleurs pas pu en disconvenir entièrement. La preuve c'est que s'il rejetait le mot *contractum* il admettait les mots *ejus rei gratia cui præpositus fuerit*, dont le sens nous semble cependant lié à l'ensemble de la formule.

Sur ce premier point, il convient donc de corriger la reconstitution de M. Lenel en remplaçant *gestum* par *contractum*.

2° La seconde remarque porte sur les mots *in eum qui eum præposuerit* et sur la répétition du mot *eum*. Il ne suffirait certes pas de remarquer que cette répétition est sans élégance ; car les formules lourdes et embarrassées se rencontrent fréquemment dans le style du prêteur. Mais elle nuit à la clarté de la phrase, à la précision du vocabulaire.

Mais par quoi remplacerons-nous le second *eum* ? on ne saurait mettre un autre pronom, *is* étant le pronom favori de la langue prétorienne. On pourrait songer à mettre *institorem*, ce qui écarterait évidem-

ment toute équivoque. Mais le plus simple et le plus sûr est encore de ne rien mettre du tout. Le *is qui præposuerit* ne peut être que le commettant de l'*institor* et cette formule se retrouve en effet dans une phrase du commentaire d'Ulpien (1).

La clause de l'édit devrait donc être ainsi rédigée.

Quod cum institore contractum erit ejus rei nomine cui præpositus ferit in eum qui præposuerit judicium dabo.

§ 2. — L'action *institoria* est-elle *in jus* ou *in factum* ?

Ce point a été l'objet de nombreuses controverses. Si tous les auteurs ont admis sans difficulté que l'action *institoria* était une création honoraire, nombre d'entre eux ont prétendu que, puisqu'elle était l'œuvre du prêteur, son *intentio* avait été rédigée *in factum*.

Telle est la théorie qu'a présentée Dietzel dans un article (2) qui souleva une *polémique*. Malgré la résistance qu'opposèrent certains jurisconsultes et non des moindres, l'idée fut reprise quelques années plus tard par Mandry dans son ouvrage sur le droit du patrimoine familial que nous avons déjà eu l'oc-

1. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 5 § 11.

2. *Jahrbücher des gemeinen Rechts*, II, p. 1 et s. ; p. 4, 15 et s.

casion de citer (1). Enfin Brinz la reproduisit dans ses Pandectes (2) et la soutint dans un article spécial paru dans la Revue allemande pour l'histoire du droit (3).

L'opinion contraire d'après laquelle l'action *institoria* aurait une *intentio in jus*, a rencontré elle aussi des partisans convaincus. Keller en fut le promoteur (4). Mais plus récemment M. Lenel l'a présentée avec un luxe d'arguments nouveaux qui sont autant de preuves convaincantes et qui ne tarderont pas à faire disparaître les dernières résistances.

Les arguments les plus sérieux en faveur de l'opinion de Dietzel ont été fournis par Mandry et ce sont naturellement des arguments de texte. On peut les diviser comme l'a d'ailleurs fait l'auteur lui-même en trois groupes.

Le premier de ces groupes renferme une série de cas dans lesquels l'*institor* était fils de famille ou esclave (5).

1. Mandry. *Familienguterrecht*, t. II, p. 259 et s.

2. Brinz. *Pandekten*, 2^e éd., t. II, p. 203 et s.

3. Brinz. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XVII, p. 166 et s.

4. *Litiscontestation und Urtheil*, p. 432. — *Jahrbücher des gemeinen Rechts*, III, p. 153.

5. Les textes cités ne sont pas tous relatifs à l'action *institoria*, mais ils se rapportent à des actions *adjectitiæ qualitatis* et les conclusions que l'on peut en tirer valent également pour l'action *institoria*.

1° Dig. liv. XIV, tit. 1. *De excerc. act.* fr. 4 § 3 ;

2° Dig. liv. XIV, tit. 6. *De senatus consulto Macedoniano*, fr. 18 ;

3° Dig. liv. XV, tit. 2. *Quando de peculio actio*.

De ces textes on tire la conclusion suivante : une action *adjectitiæ qualitatis* peut être intentée contre le commettant. Or si l'*intentio* est une *intentio in jus* elle vise nécessairement l'acte civilement valable qui a été passé, c'est-à-dire le contrat intervenu entre le commis et le client. Mais le commis n'est pas capable de contracter valablement *jure civili*, ce n'est donc pas son obligation qui peut être mise en cause ; ce n'est pas ce qu'il doit faire *ex jure civili* que le juge doit vérifier, c'est donc que l'*intentio* est *in factum*.

Le raisonnement nous paraît faux pour partie dans ses prémisses et pour le tout dans sa conclusion.

Tout d'abord le fils de famille est parfaitement capable de s'obliger civilement.

Gaius nous le dit dans un texte qui ne souffre aucune hésitation (1) et la plupart des auteurs l'admettent (2). L'opinion dissidente de Mandry est restée isolée à très juste titre, et, si certains auteurs admettent, ce qui est déjà discutable, l'incapacité du fils de famille à une époque très ancienne, la majorité ne

1. Dig. liv. XLIV, tit. 7, fr. 39.

2. Girard. *Manuel*, p. 460 et 461. — Mandry. *Familien-güeterrecht*, t. I, p. 340 et s.

songe pas à étendre cette incapacité aux temps classiques (1). Le fils de famille était capable de s'obliger *jure civili*. Son patrimoine, il est vrai, n'offrait guère de garantie aux spéculateurs prudents qui ne voulaient contracter qu'avec des personnes solvables. Car tant que le fils de famille restait sous la puissance paternelle, tout ce qu'il acquérait, droits de créance ou de propriété, lui échappait aussitôt pour entrer dans le patrimoine paternel. Il ne pouvait donc être titulaire que de dettes, et cette singulière particularité suffit à nous expliquer la rareté des textes qui démontrent sa capacité de s'obliger *jure civili*.

Mandry a donc eu tort de placer le fils de famille à côté de l'esclave dans les prémisses de son raisonnement.

Ce n'est pas d'ailleurs son unique erreur ; certes on ne saurait contester que le commis (*institor* ou *magister*) ne fut souvent un esclave. Mais doit-on en conclure que la formule de l'action institoire était rédigée *in factum* ? Keller avait déjà répondu que cela n'était pas nécessaire. Il suffit pour admettre que la formule était *in jus concepta* d'y introduire une fiction de liberté : *Si Stichus liber esset ex jure Quiritium*. On ne trouve il est vrai aucun texte qui indique expressément l'introduction de cette fiction dans la formule.

1. Girard. *Manuel*, p. 461, n° 2 et les références.

Mais un texte semble la supposer, c'est un fragment d'Ulpien. (Dig. liv. XIV, t. III. *De institoria actione*, fr. 11, § 68).

Il est remarquable que pour prouver l'exactitude de sa solution Ulpien insiste sur la qualification de l'opération qui intervient entre le *dominus* et l'*institor* : il y a bien vente, dit-il, quoi qu'il n'y ait pas obligation du maître, puisque ce dernier pourra posséder et usucaper *pro emptore*.

Si la formule ordonnait la vérification pure et simple d'un fait, il ne serait pas aussi indispensable d'insister sur sa dénomination juridique.

Il est de toute évidence que la qualité juridique du fait allégué était de première importance. L'intention était donc conçue *in jus*.

Le second groupe de fragments n'est représenté que par deux textes :

1° Dig. liv., XIV, t. III, fr. 11,8 (Ulp. l. XVIII, *ad ed*) ;

2° Dig. liv., XIV, t. III, fr. 12 (Just. XI Dig.).

L'hypothèse étudiée par Ulpien est la suivante : Un esclave titulaire d'un pécule a un esclave vicair qui charge de tenir pour le compte d'un autre une *taberna* quelconque. Le maître se présente et achète une marchandise à l'*institor*. Que se passera-t-il alors ?

Le texte d'Ulpien insiste sur la qualification juridi-

que de cet acte. Il y aura vente véritable car le maître possédera et usucapera *pro emptere*. Mais, et c'est pour nous le point essentiel, il ne sera lié à aucune obligation. Pas une allusion n'est faite à une action *institoria*. Quant à Julien il accorde contre le commettant, contre celui pour le compte duquel travaille l'esclave viciaire une action *institoria*.

Mais on a fait remarquer à juste raison qu'il ne s'agit pas d'une action directe mais d'une action utile. M. Lenel (1) croit que l'on se contente d'y insérer la fiction *si liber esset*, c'est beaucoup s'avancer en l'absence de texte. Une action *in factum* n'est pas dans ce cas-là impossible.

On ne saurait en tirer aucune conclusion sur la rédaction de la formule directe. Il s'agit de deux actions totalement différentes. Certes, elles s'appliquent dans des cas voisins ; l'une complète l'autre et sert à combler une lacune de l'édit ou du droit civil. Mais il n'y a entre elles que des rapports lointains et les renseignements que nous pourrions posséder sur l'une ne nous apprennent rien de nouveau sur l'autre.

Le troisième argument que présente Mandry repose sur un groupe de trois textes.

1° Ulpien, liv. XXVIII, *ad. ed.* — Dig., liv. XIV, tit. III, fr. 7, § 2.

2° Gaius, liv. IX, *ad. ed. prov.* — Dig., liv. XIV, tit. III, fr. 8.

3° Ulpien, liv. XXVIII, *ad. ed.* — Dig., liv. XIV, tit. III, fr. 9.

Le problème qui a occupé les jurisconsultes romains dans ces textes peut être ainsi posé : un impubère est *institor* dans une *taberna*. Supposons qu'il ne soit ni esclave, ni sous la puissance de son commettant. Les achats et les ventes qu'il pourra faire seraient néanmoins nuls selon les règles du droit civil. Il faudrait, en effet, pour assurer leur validité, que le tuteur de l'*institor* soit constamment présent dans la boutique et donne son *auctoritas* à propos de chaque acte juridique passé par la personne en tutelle.

Comment admettre alors que l'action *institoria* qui résulte de ces actes nuls *jure civili* soit conçue *in jus* ? M. Lenel (1) répond que l'introduction dans la formule de la fiction *si pubes fuisset* suffisait à résoudre le problème. Si l'*institor* avait été pubère au moment de la passation de l'acte, cet acte aurait été pleinement valable et aurait pu servir de fondement à une *intentio in jus*.

Mandry allègue néanmoins que ce cas était très répandu et que l'on conçoit difficilement que l'action *institoria* directe ait été créée pour les cas les plus rares : Ulpien nous dit, en effet, dans un des fragments cités plus haut, que la plupart des *domini ta-*

1. *Loc. cit.*

bernæ avaient pour *institores* des esclaves mâles ou femelles non encore pubères.

Certes, la réponse nous semble spécieuse. Mais il convient de réfléchir au fait suivant.

L'action *institoria* n'a pas été créée pour toutes les hypothèses auxquelles on l'a appliquée dans la suite. L'édit a dû être rendu pour un cas particulier, et il est à présumer en vertu de la loi de l'économie des moyens, que c'est sur le modèle de l'action civile qu'on a construit la nouvelle formule. Puis s'est exercée l'influence de la pratique, l'effort combiné de la jurisprudence et du préteur ont réussi à étendre son champ d'application. La création d'actions utiles accordées : *ex edicto repentino* a permis de l'accorder dans des cas de plus en plus éloignés du cas primitif, ce n'est donc pas pour l'hypothèse la plus pratique, mais pour l'hypothèse la plus ancienne qu'a été rédigée la formule. Rien ne s'oppose à ce que l'on voie dans l'action accordée par Ulpien une action utile.

Mais il ne résulte nullement de là que ce soit une action fictive. L'action *in factum* pouvait être tout aussi bien employée. Et même elle devrait l'être nécessairement dans l'hypothèse très fréquente signalée par Gaïus. Lorsque l'*institor* était à la fois esclave et impubère, si la formule utile accordée dans cette hypothèse avait été fictive, elle aurait dû contenir deux fictions *si liber esset pubesque fuisset*. Il n'y a

certes rien d'absolument impossible à cela. Mais les doubles fictions allongeaient et compliquaient les formules. Il était plus simple d'user d'une action *in factum* et tout porte à croire que le prêteur a fait dans cette hypothèse extrême un effort contre la paresse naturelle de son imagination et qu'il a créé une action *in factum*.

Un dernier argument a été présenté par Mandry. Il est tiré de l'étude de deux fragments du Digeste.

10 *Paulus* (lib. IV, *ad Plautium*. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 14).

Ce texte étudie une série d'hypothèses où plusieurs personnes sont tenues de l'action *institoria*. Deux groupes sont à distinguer parmi ces hypothèses.

Premier groupe. — L'esclave *institor* appartenait à une indivision ou à une société, chacun des communistes ou des associés est alors tenu pour le tout (*in solidum*). Si poursuivi en justice l'un des codébiteurs paye, il aura pour se faire rembourser l'action *pro socio* ou l'action *communi dividundo*.

Deuxième groupe. — L'esclave *institor* appartenait à une seule personne, qui meurt avant que l'action *institoria* ait été intentée. Les héritiers forment une indivision. Leur appliquera-t-on la règle annoncée à propos du premier groupe d'hypothèses? Non, répond Paul, et la raison qu'il en donne est au moins bizarre : parce qu'il n'y a pas entre eux lieu à l'action *com-*

muni dividundo. Il semblerait plus naturel de rattacher cette solution à la règle de la division de plein droit des dettes entre les divers cohéritiers (1).

2^o *Scævola* (*lib. I. Responsorum*. Dig. liv. XIV, tit. V, fr. 7)

Il ne s'agit plus ici de l'action *institoria*, mais de l'action *quod jussu*. Un fils de famille emprunte avec l'autorisation paternelle une certaine somme à un tiers. Le père meurt et le fils n'est institué que *ex minima parte*. Le créancier conserve naturellement son action pour le tout contre le fils devenu *sui juris*. Mais l'action contre le père se divise en plusieurs actions dirigées contre les héritiers et tendant à exiger d'eux une part de la dette proportionnelle à la part que prend chacun d'eux dans la succession (*pro qua parte quisque successisset*).

De ces deux textes il résulte donc un principe. La dette du *dominus tabernæ* se divise entre ses héritiers comme toutes les autres dettes.

Rien de plus naturel à nos yeux que cette règle qui eut l'application du droit commun.

Néanmoins, Mandry qui l'a envisagée sous l'angle de la procédure y a découvert une difficulté.

Si l'action vise dans son *intentio* l'acte de droit civil accompli par l'*institor*, il en résulte un parallélisme absolu entre l'obligation de l'*institor* et l'obligation

1. Girard. *Manuel*, 4^e éd., p. 891.

du *dominus tabernæ*. Or, l'obligation de l'*institor* ne se divise pas par la mort du *dominus tabernæ*, les héritiers du *dominus* devraient donc être tenus *in solidum*. Puisque les textes disent le contraire, c'est que l'*intentio* de la *formula institoria* n'est pas connue *in jus*.

Le raisonnement est bien déduit, mais il pêche par la base. Pourquoi admettre ce parallélisme absolu entre l'obligation du *dominus* et celle de l'*institor* ?

L'*intentio* exprime que le *dominus* encourra une condamnation si l'*institor* est tenu *jure civili*, ou serait tenu si certaines conditions, que le prêteur consent à ne pas faire intervenir, étaient remplies. Mais si l'existence de la condamnation du *dominus* est subordonnée à l'existence de l'obligation de l'*institor*, il n'y a aucun rapport ou plutôt il n'y a pas le même rapport entre la mesure de la condamnation encourue par le *dominus* et la mesure de l'obligation de l'*institor*. Il y a deux questions tout à fait différentes et étrangères l'une à l'autre. Cette considération suffit à ruiner complètement l'argument de Mandry.

Nous avons donc prouvé que la démonstration de l'existence dans la formule de l'action *institoria* normale d'une *intentio in factum* n'a pu être faite. Il nous reste maintenant à fournir la preuve que cette *intentio* était *in jus*.

Le meilleur argument que l'on ait invoqué est tiré du plan du commentaire d'Ulpien sur notre édit. Après avoir étudié l'édit en lui-même, le jurisconsulte passe à l'étude de la formule proposée dans l'*album*. Et en étudiant cette formule, il se demande quel effet spécial résulte d'une novation intervenue entre l'*institor* et le client à propos de l'obligation qui engendre l'action *institoria* (1).

Cette novation peut avoir eu pour effet de libérer complètement l'*institor*, Ulpien décide que le *dominus tabernæ* sera libéré en même temps et cette réflexion, ne l'oublions pas, est faite à propos de l'*intentio* de la formule : le plan du commentaire nous le prouve absolument (2). On peut tirer de là une conclusion précieuse.

En effet, supposons d'abord que l'*intentio* soit *in factum*. Elle vise l'existence matérielle d'un fait passé : *Si paret Aulo Agerio Titium... hominem Stichum vendidisse* (3). Il suffit que *Titius*, l'*institor*, ait réellement vendu à *Aulus Agerius* (le demandeur), l'esclave pour que *Numerius Negidius* (le défendeur) soit tenu en vertu de l'action *institoria*. Peu importe qu'un lien juridique se soit formé entre *Aulus Agerius* et *Titius*. Peu importe à plus

1. Dig. liv. XIV, tit. 2, fr. 13, § 1.

2. Lenel. *Palingenesie*, t. II, col. 590, n° 831 et n. 5.

3. C'est la restitution proposée par Mandry, *loc. cit.*, p. 264.

forte raison que ce lien juridique existe encore. Il est par conséquent absolument indifférent que l'obligation de *Titius* ait été novée : cette novation ne saurait avoir sur l'action *institoria* aucune répercussion. La réflexion d'Ulpien ne peut donc pas avoir été émise à propos d'une action *in factum*.

Si au contraire la formule est *in jus*, elle subordonne la condamnation à l'existence d'un fait juridique ; l'obligation de *L. Titius* à l'égard de *Aulus Agerius*. Or ce fait juridique n'est pas encore énoncé au passé, mais au présent. La formule ne porte pas « *Quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oportebat ex fide bona* », mais bien « *quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona* ».

Il ne suffit donc pas qu'une obligation ait existé entre *L. Titius* et *Aulus Agerius* autrefois, il est nécessaire qu'elle existe encore au moment où l'action est intentée. On comprend toute l'importance que prend désormais la novation intervenue au sujet de l'obligation de l'*institor*, et on s'explique à merveille les réflexions d'Ulpien.

Que l'on n'essaye pas de créer un genre spécial de formule *in jus* prétorienne comme l'ont fait Dietzel (1) et Baron (2) les deux auteurs ont en effet prétendu que le préteur pouvait rédiger une formule

1. *Loc. cit.*, p. 305, n° 1.

2. *Die adjecticischen Klagen*, p. 136 et suiv.

contenant le mot *oportere* et ainsi subordonner à l'existence d'un lien juridique créé par lui, la condamnation. Et dès lors ils rédigent ainsi l'*intentio* : « *Quidquid ob eam rem NN patrem præstare oportet* (1). »

Il y a donc une obligation prétorienne du *pater* de *præstare* à propos du contrat intervenu entre l'*institor* et le client. Si les conditions indiquées par l'édit pour l'existence de cette obligation sont remplies, il y a donc lieu à la condamnation de *Numerius Negidius*.

Cette restitution soulève de très graves difficultés. En premier lieu si le mot *oportere* se rencontre parfois dans la langue du prêteur pour désigner une obligation non civile (2), son emploi normal est de désigner une obligation civile (3) et ce serait là une raison suffisante pour considérer l'opinion de Baron comme improbable.

En second lieu, l'argument qu'il invoque ne prouve rien. Un texte (4) renferme accidentellement les mots « *quod patrem de peculio vel de in rem verso*

1. C'est d'ailleurs un système général à toutes les actions adjectives.

2. Cicéron. *Pro Quintio*, chap. XXVII, § 82.

3. Voy. en ce sens Lenel. *Edictum Perpetuum*, p. 260 et 261.

4. Dig. liv. XXIII, tit. III. *De jure dotium*, fr. 57. — Javolenus, liv. I, *ex Plautio*.

præstare oportebit ». Mais il n'y a aucune raison de croire qu'il y eut là une citation de l'album du préteur (1). Ce texte qui est de Javolenus se rapporte à une hypothèse de legs (2) qui n'a rien à voir avec le titre de l'édit qui nous intéresse. Enfin la restitution de Baron se heurte à la même objection que celle de Mandry. Dans un cas comme dans l'autre la novation de l'obligation intervenue entre l'*institor* et le client n'a de conséquence pour le succès de l'action *institoria*.

Il convient donc de conclure que notre action était conçue *in jus*.

§ 3. — L'action est-elle fictive
ou avec transposition de personnes ?

Une dernière alternative se présente à nous : Une action prétorienne *in jus* peut être soit fictive, soit avec transposition de personnes.

On conçoit difficilement que l'action *institoria* puisse être toujours *fictive*. Elle l'était certainement dans quelques cas ; nous en avons signalé au moins un dans le paragraphe précédent. Mais on ne saurait généraliser et dire que toutes les actions *institoria* sont *fictives*. Un argument en sens contraire résulte même de ce que les actions *fictives* sont des

1. Voy. en ce sens Lenel, *loc. cit.*

2. Lenel. *Palīngenesie*, n° 147.

actions *institoriae* utiles. C'est que la fiction est ajoutée dans des hypothèses particulières à la formule normale.

Nous voilà donc amené à admettre que la formule qui nous occupe est rédigée avec transposition de personnes. C'est en effet la manière la plus simple de la concevoir. Nous avons vu que la condamnation du *dominus tabernæ* était subordonnée à l'existence d'un lien juridique entre l'*institor* et le client.

Pour traduire ces faits dans la langue prétorienne, il convient de placer dans l'*intentio* de la formule les noms de l'*institor* et du client, dans la *condemnatio*, ceux du *dominus tabernæ* et du client. M. Lenel (1) a proposé à titre d'hypothèse la restitution suivante qui paraît très admissible.

« *Quod Aulus Agerius de Lucio Titio, cum is a Numerio Negidio tabernæ instructæ præpositus esset, decem pondo olei emit, cui rei Lucius Titus a Numerio Negidio ibi præpositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, ejus judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve.* »

1. Nous empruntons cette formule à M. Lenel. *Ed. perpetuum*, p. 255 et nous renvoyons à son commentaire, p. 251, pour la justification de certaines parties accessoires de la formule.

CHAPITRE III

LES EFFETS DE L'EXERCICE DE L'ACTION INSTITORIA

Après avoir défini les conditions d'admission de l'action *institoria*, après avoir déterminé son champ d'application et sa structure interne, il faut maintenant essayer de la replacer dans son milieu juridique.

On a rattaché à juste titre les effets produits par l'exercice de l'action *institoria* sur les autres actions à la règle : *Bis de eadem re ne sit actio* au principe de l'effet extinctif novatoire (1) de la *litis contestatio*. Mais l'application de ce principe à l'hypothèse d'une action *institoria* présente d'assez grandes difficultés. Il fonctionne régulièrement, mais dans un monde si

1. Nous n'ignorons pas que ce mot ne convient pas exactement à l'effet extinctif de la *litis contestatio* et qu'on a tort à strictement parler d'appeler *novatio necessaria* le résultat produit par la règle *bis de eadem re ne sit actio*. — Girard. *Manuel*, p. 696 et 697. Nous nous en servons néanmoins ainsi que la plupart des auteurs comme d'une expression commode et significative.

compliqué, qu'il faut une étude minutieuse pour arriver à en saisir le mécanisme. Cette question obscure et difficile, peu encombrée de textes, mais où l'on pouvait fort heureusement suppléer sur bien des points par le raisonnement à l'absence de documents positifs, a suscité toute une littérature. Les écrivains allemands du siècle dernier se sont livrés à cette étude avec toute l'ardeur de leur enthousiasme pour le droit romain. Ils ont fait assaut de finesse et de subtilité et ont réussi, à force de pénétration, à construire une théorie très juridique et très vraisemblable. L'expression la plus haute de cette théorie se trouve dans l'ouvrage remarquable que M. Baron a consacré à la question (1). Ses conclusions nous semblent définitives.

Supposons une vente faite par un *institor* à un tiers. Le tiers a en toute hypothèse deux actions, l'une contre l'*institor*, l'action *empti*, l'autre contre le *dominus tabernæ*, l'action *institoria*. Mais il a parfois un plus grand nombre d'actions. Si au lieu d'un seul *dominus tabernæ* il y en a plusieurs, l'acheteur aura autant d'actions qu'il y a de *domini tabernæ*. Le fait de la vente produit d'autre part un enrichissement sans cause au profit du *dominus tabernæ* ; cela donne lieu à une *condictio sine causa*.

1. Baron. *Ahdandlungen z. röm. Civilprozess*, t. II. *Die Adjectizischen Klagen*.

L'acheteur peut donc avoir trois actions entre les mains et même un plus grand nombre, si les *domini tabernæ* sont plusieurs. Pourra-t-il intenter ces actions successivement ?

Le principe *bis de eadem re ne sit actio* semble s'y opposer. Néanmoins, cela a été contesté pour presque tous les cas, soit en partant de textes formels, soit par des raisonnements plus ou moins compliqués ; chacune de ses hypothèses mérite donc un examen particulier.

Première hypothèse. — Prenons d'abord le cas le plus simple. L'acheteur intente l'action *institoria* ; il est battu. Pourra-t-il l'intenter à nouveau ? Evidemment non. Il n'y a pas de textes, il est vrai, mais à défaut de témoignage formel, les principes suffisent ; d'ailleurs cette solution n'a jamais été contestée, à notre connaissance du moins.

Mais l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produira-t-il *ipso jure* ou *exceptionis ope* ? Cela dépendra des circonstances. Gaius (1) nous dit que dans les *judicia legitima*, l'effet extinctif se produit *ipso jure*, pourvu que toutefois il ne s'agisse pas d'une action *in rem* et d'une formule *in jus* (2), l'action *institoria* possède toujours une formule *in jus* puisqu'elle n'est qu'une transposition des actions civiles.

1. IV, 107.

2. Girard. *Manuel*, p. 999.

On ne le conçoit guère *in rem*, les opérations commerciales qui lui donnent naissance engendrant généralement des actions personnelles. Mais elle n'est pas toujours *judicium legitimum*, car il faut pour cela, non seulement qu'elle soit jugée par *un judex unus*, mais encore qu'elle se produise à Rome entre citoyens romains (1). Or, si nous ignorons la place qu'elle occupait dans l'édit du préteur pérégrin, nous savons, puisque Gaius (2) en parle dans son *Commentaire de l'édit provincial*, qu'elle figurait au moins dans l'édit de certains gouverneurs. L'effet extinctif de la *litis contestatio* pouvait donc, dans certains cas, relativement rares il est vrai, ne se produire qu'*exceptionis ope*.

Deuxième hypothèse. — L'acheteur a traité avec un *institor*, qui a plusieurs *domini tabernæ*. A-t-il contre chacun d'eux une action partielle, proportionnelle à sa part de propriété, ou sont-ils au contraire indispensables *in solidum* ? Si l'on admet la première solution, l'acheteur pourra intenter autant d'actions *institoriaë* partielles qu'il y aura de *domini tabernæ*. Si l'on admet la seconde, au contraire, il n'y aura qu'une seule action, valable contre tous, mais valable une seule fois. Le client pourra choisir le *dominus* qui lui paraîtra le plus solvable

1. Gaius, IV, 104.

2. V. Lenel. *Pal.*, t. II.

ou le plus accommodant, celui en somme qu'il voudra. Mais dès qu'il aura fait *litis contestatio* avec celui-là, son action contre les autres disparaîtra en même temps que sa créance initiale. Il ne sera plus créancier que du montant de la condamnation à prononcer. S'il est vaincu, ou si pour une raison quelconque il ne peut recouvrer sa nouvelle créance, il sera dépourvu de tout recours contre les autres *domini tabernæ* ; il ne pourra plus intenter contre eux l'action *institoria*.

La réponse nous est fournie par des textes dont l'interprétation souffre quelques difficultés. Ce sont deux fragments, l'un d'Ulpien (1), l'autre de Paul (2).

Ulpien rapporte une solution de Julien. Les copropriétaires sont tenus *in solidum*. Ils auront à répondre pour le tout de l'action *institoria*, mais à l'égard des tiers seulement. Dans leurs rapports entre eux, ils n'en seront responsables que *pro parte* ; l'excédent qu'ils auront payé, ils pourront le réclamer à leurs associés ou à leurs copropriétaires par l'action *pro socio* ou l'action *communi dividendo*, selon les circonstances.

Mais Julien (et Ulpien avec lui) n'ont pas prévu toutes les hypothèses. Il peut se faire que ni l'action, *pro socio*, ni l'action *communi dividendo* ne soient possibles. Ceci se produira quand il y aura indivi-

1. Ulpien, liv. XXVIII, *ad ed.* Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 13.

2. Paul, liv. VI, *ad Plautium*. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 14.

sion entre cohéritiers avant le partage ; l'action à intenter est ici l'action *familiæ erciscundæ* et non l'action *communi dividundo*.

Que se passera-t-il alors ? La réponse nous est fournie par Paul, qui commente un texte de Plautius donnant probablement une solution identique à celle de Julien, ce qui laisse croire que la théorie apportée par Ulpien remonte assez haut, peut-être même au delà de Plautius. Quoi qu'il en soit, la solution donnée par Paul pour les cas restés non prévus est la suivante : les *domini* ne sont pas responsables *in solidum*, parce que entre eux ni l'action *communi dividendo*, ni l'action *pro socio* n'est possible. Cela se comprendrait parfaitement s'il n'y avait ni communauté ni société puisque, alors, aucune action n'est possible. Mais pourquoi assimiler à cette situation celle des cohéritiers entre lesquels il existe une action ?

Cette difficulté ne semble pas avoir attiré l'attention de la majorité des auteurs. Mandry (*Familiengüterrecht*, t. II, p. 273-275) prétend que l'assimilation n'est pas complète. Voici en quels termes il expose son opinion :

« En ce qui concerne les autres cas, ainsi quand plusieurs héritiers sont soumis à l'action *adjectitiæ qualitatis*, ou quand plusieurs *domini tabernæ* ne sont liés par aucun rapport de société ou d'indivision, les sources décident (expressément pour l'action *institoria* et *quod jussu*) qu'il y aura lieu à con-

damnation *pro parti* (II, liv., XIV, tit. 3, fr. 14; Dig. 1. XIV, tit. 5, fr. 7). Mais ces textes eux-mêmes ne donnent pas de solution expresse sur l'effet extinctif de la *litis contestatio* ; car elle ne dérive pas forcément de la limitation de la condamnation.

« Car ce que les sources disant de la condamnation dans l'action *de peculio*, montre que condamnation limitée et effet extinctif pour le tout ne sont pas synonymes. Si l'on examine de plus près la loi 14, on remarque pour chaque cas une solution différente. Pour le cas où il y a plusieurs institores malgré la limitation de la condamnation, la poursuite est intentée, pour le tout, l'action tout entière est éteinte par conséquent : car le texte ne parle que de la limitation de la condamnation. »

Certe ubicumque actio societatis vel communi dividundo cessat quemcumque pro parte sua condemnatio perire constat.

« Dans le cas où il y a plusieurs héritiers la demande est limitée en même temps que la condamnation ; l'effet extinctif est donc limité à la part demandée, car le texte indique que la demande n'est faite que *pro parte*. »

Nam heredum quisque pro parte sua conveniendi sunt. Cf. la loi 7 *quod cum eo* 14-5. »

Cette distinction subtile n'est fondée en somme que sur une remarque de terminologie (1). Remar-

1. Mandry p. 274 invoque aussi un rapprochement avec

que insuffisante d'ailleurs car si l'on peut conclure du second passage que l'effet extinctif est limité comme la demande, il est difficile de voir dans le premier que l'effet extinctif n'est pas limité (1). Remarque inexacte d'ailleurs car elle est contredite par la contexture générale du texte qui met en parallèle les deux cas et paraît même indiquer le second comme une hypothèse particulière du premier. *Veluti* indique en effet souvent une comparaison, mais plus souvent encore un exemple. En réalité les héritiers sont des créanciers qui ne peuvent invoquer l'action *pro socio*, ni l'action *communi dividundo*. On ne voit pas pourquoi on les différencierait.

Aussi rejetons-nous avec Baron l'hypothèse bizarre présentée par Mandry. Mais la difficulté que nous signalions tout à l'heure subsiste. En réalité, l'énigme peut assez bien s'expliquer. Il ne s'agit pas ici d'héritiers ayant fait adition d'hérédité et vivant sous un

l'action *de peculio* (Dig. liv. XIV, tit. I, fr. 27 § 8 et 5 fr. 51). Cet argument ne prouve rien puisque la théorie de l'action *de peculio* est distincte de celle de l'action *institoria*. Il a été d'ailleurs contesté par Baron (*Abhandlungen*, t II, p. 120).

1. On peut même aller plus loin et dire que cette distinction contredit directement les principes puisqu'elle est en contradiction formelle avec les règles les plus générales. Qu'est-ce en effet que l'effet de la *litiscontestatio* ? C'est une manière de novation qui substitue à une créance une autre créance équivalente ou jugée telle. Or ici ce serait une créance inférieure qui serait substituée à l'ancienne.

régime d'indivision, pour le compte desquels un *institor* aurait contracté. Ceux-là doivent malgré le silence du texte être soumis au même régime que les indivisaires qui ont entre eux l'action *communi dividundo*. Les héritiers dont nous parle Paul sont les héritiers d'un *dominus* unique pour le compte duquel l'*institor* aurait agi. L'obligation était née dans la personne du *de cuius*. Elle est passée à ses héritiers, mais suivant en cela le droit commun, elle s'est divisée entre eux. Lorsque le créancier intente l'action *institoria*, il est en présence d'un certain nombre de défendeurs, débiteurs chacun pour partie et n'ayant entre eux de ce chef aucune relation. C'est un cas particulier du cas général.

En somme, et pour conclure, il y a obligation *in solidum* et par conséquent extinction pour le tout quand le *dominus tabernæ* a un recours contre ses co-obligés, en vertu de leur relation de société ou d'indivision (que cette indivision soit le résultat d'une convention ou d'un héritage) ; mais il n'y a ni obligation, *in solidum*, ni extinction pour le tout quand le *dominus tabernæ* n'a pas de recours contre ses co-obligés, par exemple quand c'est un héritier tenu du chef de son auteur.

Troisième hypothèse. — L'acheteur a traité avec un *institor*. Il exerce contre le *dominus tabernæ* l'action *institoria*, il est battu. Pourra-t-il *intenter* contre l'*institor* l'action *empti* ?

Aucun texte ne nous donne de solution pour l'action *institoria*. Mais Ulpien (1) étudie la question pour l'action *exercitoria* et la parenté indiscutable des deux actions attestée d'ailleurs par les textes, nous permet d'étendre à l'*institor* la décision prise pour le *magister*.

La première partie du fragment est si catégorique, si absolue, qu'il semble impossible de contester le principe qu'elle pose. L'opinion générale admet en effet comme certain que l'exercice de l'action *adjectitiæ qualitatis* empêche l'exercice postérieur de l'action principale (2).

Cette opinion n'est cependant pas admise par tout le monde. Dietzel (3) a contesté la sincérité du texte du Digeste. Il a relevé dans la seconde partie de la phrase des traces d'altération. Ulpien déclare que le paiement fait par le *magister* libère *ipso jure l'exercitor* ; mais, ajoute-t-il, le paiement fait par l'*exercitor* libère le *magister* à raison de son obligation, s'il paie en son nom, à raison de la règle d'après laquelle toute personne peut payer la dette d'une autre, s'il paye au nom du *magister*. Le *mais*

1. Ulpien. liv. XXVIII, *ad edictum*. — Dig. liv. XIV, tit. I, fr. 1, § 24.

2. V. Baron. *Abhandlung*, t. II, p. 121 et les auteurs qu'il cite, n° 3.

3. *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, t. II, p. 133.

indique une opposition et cependant la phrase ne semble pas en indiquer. C'est, selon Dietzel, qu'elle a été interpolée ; elle ajoutait probablement que le paiement fait par *l'exercitor* ne libère pas *ipso jure* le *magister navis*. Si son paiement n'entraîne pas libération, comment la *litis contestatio* pourrait-elle avoir cet effet extinctif ? Par un raisonnement *a fortiori*, la première partie de la phrase est renversée. Après avoir intenté l'action *institoria*, on pourra intenter l'action principale.

Baron en discutant et en réfutant l'opinion de Dietzel lui reproche d'avoir méconnu le principe général d'après lequel le paiement fait par n'importe qui entraîne libération du débiteur principal (1). C'est là en effet un principe bien certain et que Dietzel n'a pas respecté. Mais peut-être l'appréciation de Baron est-elle trop exclusive et peut-être un examen plus attentif du texte nous permettra-t-il d'en tirer quelque parcelle de vérité.

La remarque qui lui a servi de point de départ est que l'opposition marquée par le mot *sed* ne se trouve en aucune manière légitimée par la fin du texte. Le fragment du Digeste applique en effet aux deux hypothèses qu'il vise la même solution. Pourquoi alors Ulpien les aurait-il distinguées et étudiées dans deux phrases distinctes. Il est probable que le

1. Dig. liv. XLVI, tit. III, fr. 53.

texte a été interpolé. Dans son état primitif il devait dire à peu près ceci :

Sed si quid sit solutum si quidem a magistro ipso jure minuitur obligatio, sed et si ab exercitore suo nomine id est propter honorariam obligationem non minuitur ipso jure obligatio, nisi magistri nomine solverit, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.

Ainsi se trouvent respectés les principes du droit, car le paiement éteignant une obligation prétorienne produit une exception, non une extinction *ipso jure* de l'obligation principale.

Mais ceci n'intéresse nullement l'extinction de l'action principale par l'exercice de l'action *adjectitiæ qualitatis*. Le premier membre de phrase subsiste dans son intégrité. Son sens est si clair qu'il est impossible de le tourner. Il faut admettre contre Dietzel que l'action principale n'est plus possible après un échec sur l'action *adjectitiæ qualitatis*.

Et cependant cette solution est profondément injuste. Le demandeur peut avoir été battu parce que celui qu'il croyait être un *institor* agissait en réalité pour son compte. Il n'aura même pas la ressource d'opposer à l'exception *rei judicatæ* une réplique de dol, puisque l'effet extinctif se produit ici *ipso jure* (*agi non potest*). Ce n'est d'ailleurs pas la seule injustice à mettre sur le compte de la règle *bis de eadem re ne sit actio*. Il est vrai qu'on trouvait générale-

ment un procédé pour la tourner. S'il en a existé dans notre hypothèse, les textes ne nous l'ont pas conservé. Au cas de dol du pseudo-*institor*, on pouvait toujours intenter l'action de *dolo* ou obtenir une *restitutio in integrum ob dolum*. Mais s'il y avait eu seulement erreur, l'erreur portant sur une simple qualité, il semble bien que la personne ayant traité avec le pseudo-*institor* était désarmée.

Quatrième hypothèse. — L'acheteur a traité avec un *institor*. Il exerce contre le *dominus tabernæ* l'action *institoria*. Il est battu. Pourra-t-il agir à nouveau contre le *dominus* par une *condictio sine causa* ? Sur ce point il n'y a pas de doute, quoique les textes fassent, il est vrai, complètement défaut. Mais les principes généraux suffisent. La règle *bis de eadem re ne sit actio* trouve ici son application toute naturelle. La preuve en est que les jurisconsultes n'hésitent pas à l'appliquer dans des cas très voisins. Il en est ainsi par exemple dans un fragment du titre *de jurejurando* (1) et dans deux autres qui figurent au titre des exceptions *rei judicatæ* (2).

1. Dig. liv. XII, tit. II, fr. 28 § 4.

2. Dig. liv. XLIV, tit. II, fr. 5 et fr. 7 § 4 et 5. Le fragment 5 a été l'objet de discussions assez vives. On s'est demandé s'il visait l'exception *rei judicatæ* ou l'exception *rei in judicium deductæ*. Savigny (*System des heutigen römischen Rechts*, VI § 296) le rapportait à la seconde, tandis que Bekker (*Procesualische consumption*, p. 13) et Baron (*Abhandlungen*, t. II, p. 125) le rapportaient à la première. La solution semble

Cinquième hypothèse. — Les actions *adjectitiæ qualitatis* s'excluent-elles l'une l'autre ? c'est-à-dire : lorsqu'on a agi par l'action *institoria* et qu'on a été battu peut-on ensuite agir par l'action *exercitoria* ou *quod jussu*.

Un texte étudie l'hypothèse pour l'action *tributoria* (1). Il décide que là où on intente l'action *tributoria*, il n'y a pas place pour l'action *exercitoria*. Keller (2) a rattaché à tort cette solution à l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Dietzel (3) et Baron (4) ont été mieux inspirés en déclarant que ces deux actions étaient données dans des hypothèses différentes.

C'est ce que dit en effet Ulpien très clairement quand il ajoute « *neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica quod si non fuit institor dominicæ mercis* ».

Par conséquent si on a intenté à tort l'action *institoria* par suite d'une erreur sur la qualité du tenancier de la *taberna* on peut intenter ensuite l'action *tributoria*.

Il en est de même des autres actions *adjectitiæ qualitatis*.

avoir été fournie par M. Lenel (*Ed. perpet.* p. 486) qui confond les deux exceptions.

1. Ulpien, liv. XXVIII, *ad ed.* Dig. liv. XVI, titre III, fr. 11 § 7.

2. *Litis contestation und Urtheil*, p. 435.

3. *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, t. II, p. 436 et suiv.

4. *Abhandlungen*, t. II, p. 124.

Troisième Partie

LES ORIGINES DE L'ÉDIT DE INSTITORIA ACTIONE

Dans la partie précédente de notre travail nous avons essayé de bâtir une théorie juridique de l'action *institoria* d'après les jurisconsultes classiques, c'est-à-dire d'après l'édit du préteur urbain rédigé sous Hadrien par Julien. C'est maintenant dans la période antérieure que nous allons essayer de pénétrer. Avant Julien, non seulement l'édit du préteur existait, mais il était fixé dans son ensemble, sauf quelques très légères modifications (d'ailleurs étrangères à notre matière), dès l'époque d'Auguste, dès le début de l'Empire.

Aussi pouvons-nous considérer que de Labéon à Julien l'édit *de institoria actione* n'a subi aucun changement. Nous allons tout d'abord rechercher si les renseignements qui nous sont parvenus permettent d'établir son texte et le sens dans lequel on l'interprétait. Puis nous essayerons de déterminer la date

de sa rédaction et le sens primitif qu'on lui avait donné.

En dernier lieu (et cette étude forme l'objet de notre second paragraphe) nous rechercherons les raisons qui ont entraîné le préteur à créer cet édit.

I

Sur l'édit antérieur à Julien nous avons donc trois questions à résoudre.

1° *Quel est le texte de l'édit de *institoria actione* ?*

2° *Quelle est la date de l'inscription de cet édit sur l'album*

3° *Quel fut son sens primitif ?*

Les renseignements qui nous sont parvenus sur cet édit sont en très petit nombre et nous sont arrivés très indirectement. Ce sont des citations de commentaires de l'édit antérieurs à Julien contenues dans les extraits des commentaires postérieurs à Julien que le Digeste nous a conservées. Encore ces citations sont-elles rares et vagues. Aussi ne peut-on tirer que peu de renseignements de ces textes.

Mais il ne nous semble pas qu'il y ait de différence essentielle entre le texte de l'édit de Julien et le texte antérieur. Labéon qui est notre principale source sur ce point est aussi celle d'Ulpien pour l'exposé du droit au III^e siècle après Jésus-Christ. Si Ulpien a pu l'utiliser avec une telle abondance (1)

1. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 5 §§ 2, 7, 8 et 9.

c'est que les solutions adoptées à l'époque d'Auguste étaient bonnes encore deux siècles plus tard, que par conséquent le texte officiel que l'on commentait n'a pas varié et qu'il n'y a pas eu de mouvement jurisprudentiel important sur ce point.

Entrons maintenant dans l'examen de quelques détails.

Le premier mot de l'édit auxquels s'attachent les jurisconsultes est le mot *institor*. Ulpien se demande quel est le sens précis de ce mot, il recherche longuement si on le dit de toutes sortes de professions ou de quelques-unes seulement. Et à ce propos il cite l'opinion de Servius (1) d'abord, de Labéon (2) ensuite. On peut conclure de là que le mot *institor* se trouvait dans l'édit de l'époque de Servius Sulpicius d'abord, de Labéon ensuite.

Il en est de même du mot *præpositus* qu'Ulpien commente aussi longuement (3) et à propos duquel il cite Cassius (4), jurisconsulte du milieu du 1^{er} siècle de l'ère chrétienne (5). Tout nous porte donc à croire que le texte était le même avant et après Julien. En est-il de même de la formule d'ac-

1. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 5 § 1.

2. Voyez les textes cités ci-dessus, p. 2, n° 1.

3. Dig. liv. XIV tit. III, fr. 5 § 11 à 16. — Cf. Lenel, *Ed. perpet.*, p. 250, n° 8.

4. Dig. liv. XIV, tit. III, fr. 5 § 12.

5. Kipp. *Geschichte der Quellen des röm. Rechts*, p. 105.

tion proposée dans l'album ? Nous avons vu que c'était vraisemblablement une action avec transposition de personnes du même type que l'action rutilienne.

Sur ce point, les renseignements d'ordre positif nous manquent totalement. Mais on ne sait vraiment pas pourquoi Julien aurait substitué à une action *in factum* une action avec transposition de personnes, d'un mécanisme plus compliqué et moins en accord avec la technique juridique de l'époque classique. On sait en effet que dans une foule de cas où le droit en vigueur, tant civil que prétorien, n'accordait aucune action, le préteur de la période impériale donnait fréquemment *ex edicto repentino* une formule *in factum* qui ne prenait pas place dans l'édit. Si Julien avait changé quelque chose au système de l'édit, ç'aurait été pour établir une formule *in factum*, non pour composer par un singulier retour en arrière une formule avec transposition de personnes.

Ainsi, il semble bien que depuis sa création, l'édit de *institoria actione* n'a subi aucun changement notable.

Mais à quelle date a-t-il apparu ? Nous avons vu que l'activité du préteur se termine avec l'époque républicaine. D'autre part, la plus ancienne citation relative à l'action *institoria* que nous possédions est de Servius Sulpicius, ami et contemporain de Cicéron. Il parlait de l'édit de *institoria actione* dans le

livre I de son *Commentaire* de l'édit dédié à Brutus. Ce commentaire, le plus ancien ouvrage de droit prétorien, comprenait deux livres très courts (1). Il fut nécessairement composé avant la mort de Servius en 43, et vraisemblablement avant l'assassinat de César en 44 avant Jésus-Christ auquel participa Brutus (2).

D'autre part, Cicéron ne parle pas dans ses ouvrages, où surgissent cependant si souvent les questions juridiques, de l'action *institoria*. Que conclure de là ? Rien à vrai dire sinon que Cicéron n'a pas eu l'occasion d'en parler, parce qu'elle n'était ni pratiquement importante, ni récente dans l'édit.

Au demeurant, la date de notre action reste incertaine. On peut seulement dire qu'elle doit apparaître de très bonne heure à une époque où le prêteur innovait encore sans hardiesse ; car la formule à transposition n'a guère dû être employée que tant qu'il n'osait pas se servir de la formule *in factum*. Mais rien ne nous force à conclure que cette action est antérieure à Cicéron. Nous pouvons seulement prétendre qu'elle n'est pas postérieure à 44 avant Jésus-Christ.

D'autres indications relatives à la date pourraient nous être fournies par la date des autres édits relatifs

1. Kipp., *loc. cit.*, p. 91.

2. Krueger. *Histoire des sources*.

à des actions *adjectiliæ qualitatis*, et notamment par l'édit de *exercitoria actione*. Il nous paraît en effet de toute évidence, que l'action *institoria* est postérieure à l'action *exercitoria*.

Une première indication en ce sens nous est fournie par la place occupée dans l'album par les édits relatifs à ces actions : l'action *exercitoria* est traitée avant l'action *institoria*. Cet ordre n'est nullement logique ; car il eût été préférable, au point de vue rationnel, de placer en tête le cas le plus général, celui de l'*institor* et plus loin seulement le cas le plus particulier, celui de l'*exercitor*. On peut même dire que la seconde hypothèse rentre dans la première : si l'action *institoria* avait été créée tout d'abord, rien n'eût été plus facile aux interprètes que de l'étendre aux *exercitores* ; le contraire était impossible, car l'hypothèse où fonctionne l'action *exercitoria* est plus précise et plus particulière que l'autre. Il est ainsi à présumer que l'action *exercitoria* a été créée avant l'action *institoria*. Malheureusement, nous ignorons la date de celle-là aussi bien et plus encore que la date de celle-ci, et nous ne pouvons tirer de cette antériorité certaine aucun renseignement.

Il reste à déterminer l'hypothèse qu'a eu en vue primitivement le prêteur. La généralité des termes de l'édit, ne nous permet pas de dire si, dans les cas pratiques qui se sont tout d'abord présentés, l'*institor*

était un esclave. Mais une réponse négative nous est imposée par le fait suivant : la formule à transposition qui fut utilisée la première, puisqu'elle figure dans l'édit, n'est pratique que si l'*institor* est lui-même obligé *jure civili* par ses contrats. Car la *condemnatio* seule vise le *dominus tabernæ*; l'*intentio* fait allusion au lien juridique qui unit le client à l'*institor*. Or, l'esclave, n'étant pas tenu de ses contrats, n'a pu donner lieu à une formule à transposition. Ce n'est que par un développement jurisprudentiel ultérieur, qu'à la formule à transposition a été adjointe une fiction *si liber esset* (1). A l'origine l'*institor* libre rentrait seul dans la catégorie des *institores* visés dans l'édit ou plus exactement auxquels on appliquait la formule affichée sur l'album.

Ce fait pourrait paraître singulier si les circonstances historiques ne pouvaient l'expliquer. Le préteur en effet dut créer l'action *institoria* à une époque où il n'osait innover que timidement. Il refusait encore une action contre le maître de l'*institor* esclave, bien que ce fût le cas le plus fréquent. Il osa cependant l'accorder contre le maître de l'*institor* libre, parce qu'ici la dérogation au droit civil était moins apparente quoique aussi réelle.

On peut même être tenté d'aller plus loin et de

1. Ce développement est déjà réalisé à l'époque de Labéon à moins qu'il n'ait été opéré par lui. Voyez les textes cités ci-dessus.

dire que l'action *institoria* s'appliquait uniquement à l'origine aux *filiï familias*. Il semble naturel en effet que l'on ait créé l'action *institoria* pour cette hypothèse. Le *paterfamilias* avait en effet non seulement le profit mécanique des opérations faites par l'*institor*, mais aussi le profit juridique. Le contrat passé par le fils de famille produisait des actions au profit du père ; il était tout à fait juste qu'ils produisent également des actions contre lui. Dans le cas où l'*institor* n'était pas fils de famille, cette réciprocité n'existait pas à l'époque de Marcellus, il n'existait pas encore d'action au profit du *dominus tabernæ* (1). Cette hypothèse est probablement plus récente. Mais nous ne voyons rien ni dans le texte de l'édit ni dans la composition de la formule qui l'exclue. Peut-être l'édit eut-il dès le début une portée générale dépassant l'intention du prêteur ; peut-être (et c'est l'hypothèse la plus vraisemblable) l'édit et la formule furent-ils refondus et généralisés par un prêteur.

L'action *institoria* fut donc créée par le prêteur urbain au plus tard dans la première moitié du 1^{er} siècle avant Jésus-Christ et servit tout d'abord contre le *dominus* qui avait préposé à sa *taberna* un *institor* libre et *filius familias* de son commettant.

1. Dig. liv. XIV, tit. III. *De institoria actione*, fr. 1.

II

Il nous reste à rechercher sous quelle influence le préteur a créé l'action *institoria*.

La réponse la plus simple est que les nécessités pratiques ont suffi pour provoquer cette création prétorienne, comme elles ont suffi pour bien d'autres créations de ce genre. Au 1^{er} siècle avant Jésus-Christ (vii^e et viii^e siècles de la fondation de Rome) les Douze Tables, sous réserve de quelques retouches de détail, restaient la seule source législative du droit. Sans doute, l'interprétation des pontifes et des anciens jurisconsultes (ces *veteres* que nous trouvons si souvent cités au Digeste) avaient essayé d'adapter aux conditions économiques et sociales nouvelles les règles rigides et rigoureuses de l'ancien droit. Grâce à des artifices ingénieux, ils avaient réussi à maintenir pendant des siècles, un régime supportable. Mais les différences étaient si considérables entre le milieu de paysans frustes où avait germé le code des *decemvirs* et le monde civilisé, d'une variété infinie et d'une richesse colossale qu'avait conquis la Rome républicaine, que les règles anciennes ne pouvaient plus subsister. Notamment, les exigences du commerce se faisaient plus pressantes ; le développement des grandes maisons qui avaient un peu partout des succursales tenues par des *institores* demandait im-

périeusement que des dérogations indispensables soient apportées au principe antique de la non-représentation.

C'est pour obvier à ces inconvénients que le préteur créa de nouvelles règles de responsabilité et notamment afficha sur l'album l'édit relatif aux *institores*.

Mais les nécessités pratiques furent-elles seules à commander la création de l'action nouvelle ? Les préteurs étaient en général non seulement des hommes initiés aux affaires, mais aussi des jurisconsultes et des lettrés.

Ils avaient constamment sous les yeux l'exemple d'une société plus civilisée, plus délicate, et dont le droit, quoiqu'on en ait dit, avait atteint un degré très élevé de perfection. Nous voulons parler de la Grèce.

Cet exemple eut certainement sur le développement du droit romain une grande influence et nous pouvons dire une influence salutaire. L'action *institoria* fut-elle le résultat de cette influence ?

Un auteur allemand qui s'est beaucoup occupé du droit grec et qui fut l'un des premiers à révéler l'influence grecque dans le droit romain (1), a cru pouvoir affirmer que le droit athénien possédait l'équivalent de l'action *institoria* et qu'il avait servi de modèle au préteur romain.

1. Schulin. *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*. Stuttgart, 1889, p. 247.

Il invoque à l'appui de son opinion le texte de Démosthène (1) que nous croyons devoir reproduire et traduire (2) :

Παρ' οἷς τοίνυν εἰργάσατο πώποτε ὥς τοὺς μίσθοις Ἀρεθοῦσιος ἐχομίζετο ὑπὲρ αὐτοῦ, καὶ δίχας καὶ ἐλάβανε καὶ ἐδίδου, ὁπότε κακὸν τι ἐργασαίτο, ὥς δεσπότης ὢν, τούτων ὑμῖν τοὺς μαρτύρας παρέξομαι.

« Voulez-vous savoir maintenant chez qui Kerdon a travaillé, comment Arethousios recevait les salaires gagnés par cet homme, comment il réclamait ou payait les indemnités en qualité de maître lorsque cet homme recevait ou faisait quelque dommage? Je vais vous produire des témoins qui connaissent les faits. »

Pour vérifier le rapprochement proposé par Schulin, nous allons rechercher l'état du droit athénien sur ce point. Puis nous ferons à notre tour la comparaison entre le droit grec et le droit romain.

Il arrivait à Athènes comme à Rome qu'un maître préposait un esclave à un commerce. Il était alors responsable de ses délits, un texte d'Hypéride l'établit de la manière la plus certaine (3) :

1. Démosthène. *Discours 53 contre Nicostrate*, § 20. Ed. Blass, Leipzig, 1907, t. II, p. 286.

2. La traduction que nous donnons est empruntée au remarquable ouvrage de M. Dareste : *Les plaidoyers civils de Démosthène*, t. II, p. 196.

3. Contre Athénogène, col. 10, l. XI et suiv., cf. Athénée, X, 15.

Τὰς ζημίας ὡς ἐργάσωνται ος οἰκέται καὶ τὰ ἀμαρτήματα διάλυεῖν
τὸν δεόποτην παρ' ᾧ ἂν ἐργάσωνται οἱ οἰκέται

« Le maître chez lequel travaillent les esclaves doit payer les amendes que ceux-ci ont encourues à raison de leurs délits. »

Et l'orateur attribue cette loi à Solon. Elle est d'ailleurs posée dans les termes les plus généraux et on l'applique aux esclaves *institores*, il ne faut pas en conclure qu'elle a été posée pour eux seuls (1).

Mais une solution semblable ne s'impose pas pour les contrats. A Athènes comme à Rome les esclaves étaient incapables de s'obliger (2). Certes, ils figurent parfois dans un acte comme porte-parole de leur maître et cet acte est valable. Mais ce n'est pas en vertu de leurs pouvoirs propres, ce n'est que comme représentants de leur maître, c'est selon l'expression du droit romain comme *nuntius*.

Aucun texte ne nous montre un esclave représentant de son maître. Le fragment de Démosthène cité plus haut et un autre de Platon (3), peuvent être rapportés à des actions délictuelles, en sorte que nous sommes réduits à des conjectures, sans fondement positif ?

1. La preuve est que Platon le reproduit dans ses *Lois*, XI, p. 396, a.) et l'applique à un cas où il n'est nullement question d'*institor* (*Lois*, IX, p. 879).

2. Voyez L. Beauchet. *Droit privé de la République Athénienne*, t. II, p. 453.

3. Gorgias, p. 483 bis.

Mais à tout prendre, il est extrêmement vraisemblable que le contrat accompli par l'esclave *institor* lie le maître et procure une action contre lui comme elle en produit une pour lui. On ne saurait en effet s'expliquer autrement que les maîtres aient pu, comme il arrivait souvent, confier des commerces à des *institores* (1). Le silence des textes s'explique aisément : d'abord parce que les lois athéniennes ne nous sont jamais parvenues dans leur ensemble. Nous ne les conservons que par petits morceaux dispersés à travers toute la littérature grecque.

Ensuite, il est fort possible, comme on l'a supposé (2), qu'en cette matière la jurisprudence des tribunaux athéniens ait tout fait. A l'époque de Solon, le commerce n'avait pas acquis le développement qu'il atteignit deux siècles plus tard. Les *institores*, rares au vi^e siècle, peuvent être devenus fréquents dans la suite seulement, et un développement jurisprudentiel parallèle et antérieur à celui de Rome est des plus probables.

Ainsi, l'esclave *institor* lie son maître par ses délits et ses contrats.

Mais doit-on en conclure que le préteur, en suivant

1. L'opinion générale est d'ailleurs en ce sens. V. Beauchet, ouvrage cité, même tome, p. 457. Cet auteur a tort de tirer un argument d'analogie du droit romain qui n'a aucune valeur.

2. Voyez Beauchet, *loc. cit.*

l'exemple des Grecs, l'ait invité point par point ainsi que l'assure Schulin ?

Nous ne le croyons pas, et la preuve la plus nette résulte de la notion que nous avons réussi à dégager de l'action *institoria*.

En effet, la jurisprudence grecque s'est appliquée à l'hypothèse où *l'institor* est un esclave. Nous ne rencontrons aucun texte relatif à l'hypothèse où *l'institor* est un homme libre. Or, nous avons pu constater que l'action *institoria* à l'époque classique s'appliquait aux deux cas et même qu'à l'origine elle n'avait d'abord concerné que celui où justement le droit grec refusait toute action. Le prêteur ne peut donc avoir modelé son innovation sur la jurisprudence athénienne.

A un autre point de vue, l'opinion de Schulin nous semble dénuée de toute espèce de fondement. Le droit romain, nous l'avons vu, n'avait établi de responsabilité pécuniaire que par rapport aux contrats. En matière de délit, la victime en était réduite à une action morale qui n'était admissible qu'au cas où *l'institor* était en puissance du *dominus tabernæ*. Le droit grec, au contraire, admet une action contre le maître en cas de délit et n'en admet pas en principe au cas de contrat, quitte à déroger à ce principe quand les nécessités pratiques l'imposent.

On ne saurait donc, à notre avis, faire dériver l'action *institoria* d'une institution analogue du droit

athénien. Il y a là une création purement romaine et imposée seulement par les nécessités pratiques. Schulin a eu tort de rapprocher des textes du Digeste d'un passage de Démosthène qui mentionne un cas voisin, mais non identique à celui de l'action *institoria*.

Vu : Le Président de la thèse
G. MAY

Vu : le Doyen
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE.....	7
BIBLIOGRAPHIE.....	9

PREMIÈRE PARTIE

La condition sociale des <i>institores</i>	11
--	----

DEUXIÈME PARTIE

Théorie juridique de l'action <i>institoria</i>	19
CHAPITRE I. — Les conditions d'ouverture de l'action <i>institoria</i>	21
CHAPITRE II. — Procédure de l'action <i>institoria</i>	51
CHAPITRE III. — Les effets de l'exercice de l'action <i>ins- titoria</i>	73

TROISIÈME PARTIE

Les origines de l'édit de <i>institoria actione</i>	87
---	----

